

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 8 Mars 1932, à 14 heures

PAR

J. BARTET

Président : M. J. HÉMARD, professeur

Suffragants { MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE } *professeurs.*
 { SOLUS }

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie

100, RUE SAINT-JACQUES

1932



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation
ou improbation aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.***

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 8 Mars 1932, à 14 heures

PAR

J. BARTET

Président : M. J. HÉMARD, professeur

Suffragants { MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE } *professeurs.*
 { SOLUS }

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie

160, RUE SAINT-JACQUES

1932



INTRODUCTION

Les contrats usuels renferment souvent des stipulations accessoires, dont l'importance pratique est très variable. Beaucoup d'entre elles ont déjà fait l'objet de monographies très complètes, et l'on serait porté à croire que les clauses imaginées sous la pression de circonstances économiques nouvelles offrent seules matière à des recherches originales. Il n'en est rien : de très anciennes conventions méritent un examen approfondi et une étude d'ensemble. Le pacte de préférence rentre dans cette catégorie, car, si certaines de ses applications répondent à des besoins très modernes, son emploi remonte bien au-delà du ^{xix}^e siècle et de nombreux auteurs de l'Ancien Droit, Pothier notamment, s'en sont occupés. Ce mélange de nouveauté et d'ancienneté contribue, pour une large part, à l'attrait que présente l'étude de cette clause. A son sujet, il faut dès maintenant écarter toute équivoque; malgré le mot de préférence, il ne s'agit nullement ici du paiement avant d'autres de certains créanciers d'un débiteur insolvable. Le but du pacte est différent : le stipulant cherche à s'assurer l'acquisition d'un bien que son propriétaire refuse actuellement d'aliéner. Pour y arriver, l'amateur demande au propriétaire de s'engager à lui transmettre tel objet, au cas où il voudrait s'en défaire, et ce, aux mêmes conditions que le tiers offrant. Si le propriétaire accepte,

le contrat est formé. C'est l'étude de ce contrat qui fait l'objet du présent ouvrage.

Au premier abord, un tel accord de volontés semble un peu déconcertant, et l'on hésite pour savoir dans quelle catégorie on doit le ranger. En fait, il se présente comme une clause particulière d'un contrat plus important et il est rare de le trouver seul. En général, il est inséré dans un acte de vente, dans un bail, dans un partage, dans un contrat de société, etc... Son caractère le plus apparent est de limiter le choix, par le promettant, de la personne, à qui il transmettra à titre onéreux le bien visé par le pacte. Cela conduit tout naturellement à le classer parmi les stipulations préparant un contrat ultérieur, dites couramment promesses de contrats. La restriction apportée à la liberté du promettant vise seulement les accords de volonté portant sur le bien désigné et, comme le plus souvent ces accords sont des ventes, le pacte de préférence se présentera sous la forme d'une promesse de vente, au sens large de cette expression. D'ailleurs son domaine d'application n'est nullement limité aux contrats translatifs de propriété. Parfois aussi la préférence, qu'il renferme, concerne la jouissance du bien et, d'ordinaire, c'est plutôt la location que la concession d'un usufruit qui est prévue.

Si la présente étude n'offre pas un caractère d'actualité, il serait toutefois erroné de l'estimer dépourvue d'utilité pratique. Le développement de la fortune mobilière a, en effet, ouvert au pacte de préférence un vaste champ d'application et, à l'occasion de son emploi à l'égard des immeubles, on relève depuis quelques années un plus grand nombre de décisions judiciaires. Cette stipulation a même pénétré sur le terrain du droit

international public et la France l'a insérée à son profit dans les accords internationaux sur le Congo Belge. Son développement grandissant s'explique par la diversité des besoins qu'il permet de satisfaire. Le vendeur forcé d'aliéner une propriété de famille en fait usage pour se réserver un moyen de la recouvrer. Le propriétaire, qui cherche à acquérir des parcelles contiguës à son domaine, le demande à son voisin en échange d'un autre avantage ou moyennant une somme d'argent. Parfois aussi, un commerçant qui redoute l'acquisition par un concurrent redoutable de l'immeuble, où il exerce son commerce, ou qui désire éviter les difficultés nées de sa situation de locataire se le voit consentir par son bailleur en contre partie d'une augmentation de loyer. Le législateur s'est occupé spécialement de cette dernière situation et a organisé, par la loi du 30 juin 1926, art. 3, al. 4, sur la propriété commerciale et celles qui l'ont modifiée, une véritable préférence, identique à celle issue de la volonté des parties, mais dotée de sanctions énergiques. Des lois antérieures avaient déjà consacré le droit de préemption au profit de certaines personnes : la loi du 3 mai 1841 l'accorde au propriétaire exproprié sur les terrains non employés par les travaux d'utilité publique, l'art. 37 de la loi de finances du 31 décembre 1920 donne à l'Etat, représenté par le ministre des Beaux-Arts, le droit de se substituer à l'adjudicataire dans toute vente publique d'œuvres d'art ; de même les riverains des voies publiques déclassées ont un droit de préemption sur les terrains mis en vente à la suite du déclassement.

Ce n'est pas uniquement le désir d'acquérir un bien qui pousse le bénéficiaire à conclure un tel pacte, c'est

aussi la préoccupation d'écarter des personnes dont il redoute l'action néfaste à ses intérêts. Cette considération apparaît surtout dans les clauses des statuts de sociétés par actions qui obligent les associés à offrir leurs titres à leurs coassociés avant de les céder à des tiers. Cette clause a donné lieu à de nombreuses décisions de jurisprudence, mais une sévérité inattendue s'est manifestée à son égard depuis 1924. La loi de 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, qui autorise les sociétés à exiger l'assentiment des associés pour l'aliénation des titres, leur enlève une partie de leur utilité. Cependant la pratique s'en sert encore, car la forme nouvelle est interdite à certaines catégories de sociétés et, de plus, elle fournit le seul moyen de se protéger contre les successeurs *ab intestat* de l'associé défunt. C'est également la considération de la personne qui justifie la préférence accordée en vue de la souscription d'actions nouvelles. Toutefois, ici, le but principal est de favoriser des personnes en raison de leurs qualités propres et non en vue de se défendre contre les intrus. Quand les anciens actionnaires en sont les bénéficiaires, cas le plus fréquent, il y a là une mesure de stricte équité, l'augmentation de capital les obligeant en effet à partager les bénéfices avec de nouveaux associés, qui n'ont pas couru, comme eux, les risques de début, d'ordinaire les plus importants.

L'originalité de ce pacte soulève, il est vrai, de nombreuses difficultés résultant du conflit de plusieurs principes fondamentaux du droit privé. Certaines de ses applications sont très anciennes et la jurisprudence a dû, de bonne heure, statuer à leur égard. D'autres, par contre, n'ont fait leur apparition dans la pratique que depuis un demi-siècle, quelques-unes même, tout récem-

ment. Dès que l'on aborde l'étude de cette stipulation, on se trouve immédiatement arrêté par une grave objection : un lien obligatoire s'est-il ou non formé entre les parties, puisqu'une condition soumise, pour sa réalisation, à la volonté du promettant suspend l'existence du droit ? La discussion instituée à ce sujet se trouve placée sur un terrain, où, en fait, la distinction de l'obligation et de la liberté est particulièrement délicate. Ce caractère de cas limite donne à la promesse de préférence un intérêt tout particulier.

A propos de l'efficacité du contrat, se pose une question capitale sur laquelle ont eu à se prononcer la plupart des arrêts concernant le pacte. Il s'agit de savoir si la violation du pacte donne au bénéficiaire le droit d'évincer le tiers acquéreur, ou si elle n'entraîne qu'une condamnation du promettant à des dommages-intérêts. De la réponse dépend en grande partie le développement pratique de la clause. D'autre part, la nécessité d'un choix entre des principes opposés et également solides oblige le juriste à délimiter avec précision le champ respectif d'application de chacun d'eux. Nous voyons donc entrer en jeu non seulement les règles de la transmission des biens à titre particulier, mais encore celles concernant la nature des obligations. Dans cet ordre d'idées un autre problème s'est posé tout récemment devant la jurisprudence qui a marqué quelque hésitation à son égard ; c'est celui de la possibilité d'exécution quand, en vertu de la loi, le bien soumis à préférence est vendu aux enchères. La difficulté résulte de ce que le plus fort enchérisseur doit être proclamé adjudicataire, alors que le bénéficiaire devrait, en vertu du pacte, être considéré comme tel, s'il avait accepté de payer le même prix. L'in-

sertion de la clause de préférence dans le cahier des charges réduira en général le nombre des amateurs, ce qui empêchera l'immeuble d'atteindre le maximum de sa valeur, contrairement aux vues du législateur.

La préférence en matière de sociétés suscite aussi de vives controverses. A propos du droit de souscription, on s'est demandé si l'accord des parties ne constituait pas une vente sous condition suspensive. Mais ce qui présente le plus d'intérêt, pour la doctrine comme pour la pratique, c'est de déterminer les rapports de la préférence et de la situation juridique du titre, quand plusieurs personnes ont sur lui des droits différents. Fréquemment en effet, des actions sont comprises dans la dot que la femme apporte en se mariant, ou dans les biens soumis par testament à un usufruit. Dans le pacte de préemption pour les cessions d'actions, le principe de la libre cessibilité de l'action paraît constituer un sérieux obstacle à la validité de cette clause. En réalité, comme d'ailleurs de l'avis de la jurisprudence, la détermination du prix forme le point capital de la clause et il est fort malaisé de concilier la défense légitime de la société et l'équitable appréciation de la valeur du titre. Enfin son emploi dans les transmissions par décès n'est pas à l'abri de toute critique; car le fonctionnement de la réserve héréditaire semble s'opposer à des stipulations de ce genre.

Sur tous ces points la liberté de l'interprète est fort grande. Il n'existe pas de textes spéciaux au pacte de préférence. Les seuls guides en la matière sont les dispositions générales du Code civil sur les contrats. Cependant il y a lieu de citer quelques articles des Codes ou de lois, qui se rapportent plus spécialement à cer-

taines difficultés soulevées par le pacte. Ce sont d'abord les articles 1142 et 1589 du Code civil l'un sur l'obligation de faire, l'autre sur les promesses de vente, puis l'article 36 du Code de commerce qui a trait à la cessibilité des actions et l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par celle du 22 novembre 1913, sur la procédure de modification des statuts.

De tous les développements qui précèdent, se dégage aisément la notion générale qui constitue l'essence même de tout pacte de préférence, quelle qu'en soit la forme. Sous les aspects les plus divers, on y retrouve toujours un rang de faveur volontairement accordé au bénéficiaire parmi les cocontractants éventuels du promettant. Le promettant est tenu de s'adresser au bénéficiaire avant de conclure un contrat déterminé. Ce n'est qu'au refus de celui-ci qu'il a le droit de s'entendre avec un tiers. Qu'il s'agisse d'immeubles ou d'actions de sociétés, de souscriptions d'actions nouvelles ou de cessions d'actions déjà existantes, le bénéficiaire ne se substitue pas, à proprement parler, au tiers qui a fait des offres au promettant; il passe seulement avant lui et ce n'est pas une subrogation personnelle, puisqu'il n'y a pas encore de contrat entre le tiers et le promettant.

Cependant, si le plus souvent la préférence résulte d'un accord de volontés, elle est parfois établie par la loi. Dans ce dernier cas, sa nature reste identique, mais elle est douée de sanctions plus énergiques. D'ailleurs ces dernières comportent deux degrés d'efficacité : tantôt, par un procédé préventif, la loi donne au bénéficiaire le droit d'intervenir avant que le contrat qui l'intéresse soit conclu; c'est la préférence légale proprement dite. Tantôt, par un procédé curatif, détourné mais plus

radical, le bénéficiaire est autorisé à se substituer dans le contrat intervenu sur un bien qu'il désire au contractant devenu détenteur de ce bien; c'est alors le retrait. Cette seconde forme, la plus ancienne, de la préférence légale, est aussi la plus rare et tend à disparaître. Au contraire, comme le pacte de préférence, dont elle n'est que la transformation en disposition légale, la préférence en vue des contrats a vu, à l'époque moderne, le nombre de ses applications augmenter très sensiblement. Le législateur semble la considérer comme une formule magique, devant résoudre instantanément et à la satisfaction de tous les intéressés certains conflits particulièrement délicats. Mais le motif le plus puissant de transformation de la préférence conventionnelle en préférence légale réside dans l'imperfection et l'incertitude des résultats pratiques du pacte.

Le plan général de l'ouvrage se déduit facilement de ce qui précède. L'ouvrage comprendra deux parties : l'une consacrée au pacte de préférence en Droit civil; l'autre au pacte de préférence en Droit commercial. La première partie comprendra quatre titres concernant la formation du contrat, ses effets, l'extinction de l'obligation, enfin les particularités du pacte en vue de certains contrats.

Dans la seconde partie, les matières seront réparties en deux livres, consacrés respectivement au pacte de préemption des actions déjà existantes, et au pacte concernant les autres meubles.

PREMIÈRE PARTIE

Le pacte de préférence en droit civil.

TITRE I. — FORMATION DU CONTRAT

Le pacte de préférence, qui est une promesse de contrat, se rencontre sous des formes diverses, et en prévision de la conclusion future de contrats très différents les uns des autres. Mais en matière civile, comme d'ailleurs en matière commerciale, c'est la vente qui est le contrat le plus fréquemment prévu dans cette promesse. En conséquence, l'étude entreprise indiquera d'abord les règles générales du pacte, ensuite les particularités en cas de contrats prévus autres que la vente. Parmi ces règles applicables au pacte, quel que soit le contrat qui en est l'objet, celles relatives à sa formation sont les premières à examiner.

Ici le point difficile sera de faire apparaître le caractère original de cette convention. La confondre avec d'autres très voisines serait la source de graves erreurs et lui retirerait une partie de son utilité.

CHAPITRE PREMIER

NATURE JURIDIQUE DU PACTE

Section I. — Analyse du Pacte

Avant d'en donner une définition et d'en développer les divers éléments, il paraît utile de donner quelques exemples tirés de la pratique judiciaire.

Mayer, fondé de pouvoir d'une maison de tissus s'engage au nom de la maison envers le commerçant Lautz, à ce que, même dans le cas où un autre acheteur offrirait le prix de 0 fr. 65 pièce pour certaines étoffes, ces étoffes ne seraient point vendues avant que Lautz ne fût prévenu¹.

Dans le cahier des charges d'une adjudication, le vendeur fait insérer une clause par laquelle il s'interdit de vendre ou de louer, à d'autres qu'à l'acquéreur du 1^{er} lot, certains immeubles qu'il se réservait².

Dans un bail, le bailleur s'engage, au cas où il viendrait à vendre l'immeuble loué pendant la durée du bail, à prévenir les locataires, qui auront un droit de préemption, en se conformant aux obligations stipulées dans la vente projetée avec des tiers³.

1. Colmar, 3 décembre 1838, S. 1839.II.207; D. 1839.II.123.

2. Caen, 9 mars 1866, S. 1866.II.276.

3. Cassation, Ch. civile, 13 novembre 1929, D. P. 1929.I.131.

Toutes les formules indiquées se rapportent principalement au cas où le contrat futur, objet de la préférence, est une vente. Dans la suivante, va apparaître la concession de préférence en vue de conclure un bail.

Dans un bail, le propriétaire consent au preneur un droit de préférence pour la location d'autres parties de l'immeuble lui appartenant, et alors occupées par d'autres personnes, dans le cas où ces dernières cesseraient de l'occuper¹.

La plupart des auteurs les plus considérables du Droit civil² envisagent le pacte de préférence comme fait uniquement en vue de la vente d'un bien, qui tient particulièrement à cœur au bénéficiaire de la promesse. L'étude de la jurisprudence montre qu'il en est ainsi le plus souvent. Cependant, parfois la préférence consentie l'a été en vue de contrats tout différents de la vente. Cette constatation ne fait que modifier l'étendue de l'objet du pacte. Et, dans l'analyse juridique entreprise, cela n'entraînera guère de difficultés particulières. Des explications plus longues seront données à ce sujet quand il sera question, à propos de la validité du contrat, de son objet. De l'examen rapide des exemples judiciaires, et des définitions des auteurs se dégagent plusieurs traits fondamentaux.

1^o On se trouve en présence d'une promesse sous condition suspensive. L'une des parties s'engage, non sous la condition que l'autre manifeste sa volonté de conclure un accord dans des conditions prévues à l'avance,

1. Cour de Paris, 5 juillet 1892. *Journal Le Droit*, 31 juillet 1892.

2. Laurent, *Principes du Droit civil français*, t. XXIV, n^o 134; Guillouard, *Traité de la vente*, t. I, n^o 60; Baudry-Lacantinerie et Saignat *Cours de Droit civil*, t. XVII, n^o 71; Beudant, *Cours de Droit civil français : Vente et louage*, n^o 304; Colin et Capitant, *Cours de Droit civil français*, t. II, p. 427.

mais sous celle de faire soi-même, relativement à certains objets de son patrimoine, certains contrats déterminés. En pratique ce sera la plupart du temps l'engagement de vendre un bien, si on décide de l'aliéner. Cette condition semble détruire tout engagement, mais à propos de la validité de la promesse, la réalité d'un lien obligatoire sera démontrée.

2° Cette promesse concède, à prix et à avantages égaux, la priorité sur tous autres à une personne déterminée. Pour des raisons très diverses, le bénéficiaire désire devenir propriétaire d'un bien possédé par un autre : reprendre un bien de famille, agrandir son domaine, éviter l'installation d'un concurrent trop près de son propre magasin etc... Mais l'actuel propriétaire ne cherche pas à s'en dessaisir pour le moment, et ne veut pas se lier à l'avance par des stipulations trop précises, notamment sur le prix, redoutant de ne pouvoir bénéficier de plus-values parfois considérables. C'est pour concilier tout cela, et la plupart du temps comme stipulation accessoire d'un contrat principal, imposée par le futur bénéficiaire, que le promettant accepte une telle convention.

3° Enfin la priorité n'est concédée qu'en vue de contrats déterminés sur des biens nettement délimités. Ce point, quoique moins important que les deux précédents, soulève cependant des questions fort délicates; car c'est là que le juge devra exercer surtout l'art difficile d'interpréter les conventions, et de découvrir dans les faits la commune intention des parties.

Et les rédacteurs de telles conventions ne sauraient peser assez soigneusement les termes qu'ils emploient. En condensant ces traits caractéristiques en une brève

formule, la définition, qui en résultera, s'éloigne un peu de celle de la majorité des auteurs. Mais les faits exigent ces modifications, qui présentent une vue plus étendue du problème posé.

Le pacte de préférence est donc la promesse de conclure par priorité avec une personne donnée, offrant les mêmes avantages que les tiers, un contrat déterminé, sous la condition suspensive que le promettant ait trouvé suffisantes les offres des tiers.

Mais, pour la commodité du langage, le pacte de préférence sera considéré dans sa variété la plus courante, et sera défini comme une promesse de vendre un bien déterminé, par priorité, à une personne offrant des avantages égaux, si le promettant vient à vendre le bien en question. C'est seulement à la fin de cette partie de l'ouvrage que seront indiquées les particularités, qui se produisent dans le cas de préférence concédée en vue d'autres contrats que la vente.

Afin d'examiner avec plus de sûreté le fonctionnement de ce pacte, il est bon auparavant de le différencier nettement d'institutions juridiques très voisines. Cela permettra de préciser la portée des caractères les plus importants de ce contrat.

Section II. — Différences avec d'autres institutions juridiques

Une vue superficielle pourrait amener à confondre le pacte de préférence avec d'autres situations juridiques. C'est peut-être la première impression produite par la définition. Cependant, des différences très nettes exis-

tent; toutefois, si, en théorie, la distinction semble facile, en pratique, elle est beaucoup plus délicate. L'examen de quelques décisions de jurisprudence montrera les difficultés très réelles de cette tâche.

Trois institutions juridiques paraissent se rapprocher tellement de la promesse de préférence, que, pour certains, celles-là semblent se confondre avec elle. Ce sont la promesse de vente proprement dite, le réméré et les retraits.

§ 1. *Préférence et promesse de vente*

Le pacte de préférence se rapproche beaucoup de la promesse de vente. En effet, l'objet de l'engagement est une vente à conclure dans une époque plus ou moins éloignée. De plus, le bénéficiaire du pacte ne s'oblige pas à acheter. Le promettant seul est lié, mais dans des conditions très différentes de celles où il le serait, s'il avait conclu une véritable promesse de vente.

Dans cette dernière, le promettant est lié dès que le bénéficiaire manifeste, en temps utile, sa volonté d'acheter, en acceptant toutes les obligations imposées par la promesse. Au contraire, dans le pacte de préférence, le promettant n'est lié que s'il vend à un tiers. Il ne faudrait pas en conclure qu'il est nécessaire, pour la formation du lien obligatoire, que le contrat de vente soit signé avec le tiers. Cela veut dire simplement qu'il faut, pour cela, que le promettant soit décidé à réaliser la vente avec le tiers à des conditions nettement définies, c'est-à-dire que l'objet à vendre et son prix soient clairement fixés.

La différence consiste donc dans la force variable de l'obligation résultant de la convention, extrêmement éner-

gique en cas de promesse de vente, au contraire assez faible en cas de pacte de préférence. C'est le trait fondamental et essentiel, que l'on arrivera à dégager par la recherche de l'intention des parties.

L'examen br f, mais solide, de quelques décisions judiciaires montrera comment la question s'est posée en pratique, et combien il est parfois difficile de la trancher exactement.

Par acte notarié du 21 novembre 1825, Péliisson ayant vendu à Commandeur un lot de terres, la clause suivante fut insérée : « Si le sieur Péliisson se décide dans la suite à aliéner la terre qui lui reste au lieu de Mollard-Brisson, il promet d'en passer vente au sieur Commandeur, par préférence et à l'exclusion de tous autres au prix de 1.100 francs, condition relative à la vente ci-dessus et sans laquelle elle ne serait pas intervenue ». Malgré la stipulation, Péliisson vendit à Corriot la pièce de terre désignée dans la clause moyennant 1300 francs. Il y eut procès, et Commandeur soutint que la clause était une promesse de vente. Le Tribunal repousse cette solution, en alléguant que cette promesse, étant accompagnée d'une condition potestative de la part du promettant, est nulle. La Cour de Grenoble confirme cette interprétation.

La Cour de cassation, Chambre civile, par arrêt du 9 juillet 1834¹, répondit en ces termes au deuxième moyen du pourvoi, qui soutenait cette prétention :

« Attendu que le défendeur, loin de transférer au demandeur la propriété, ni même le *droit d'exiger par contrat la translation* de cette propriété, avait précisé-

1. S. 1834.I.741; D. 1834.I.300.

ment déclaré qu'il n'était point décidé à faire cette vente. »

La Cour ajoute : « Attendu que la propriété a continué de résider pleinement sur la tête du défendeur, sans que le demandeur eût même aucun droit d'exiger la vente, sans que ce dernier pût obtenir un jugement tenant lieu de contrat de vente. »

La Cour indique donc très nettement, et en insistant fortement, que la promesse de vente est essentiellement caractérisée par le droit du bénéficiaire d'exiger la vente, aux conditions prévues, s'il déclare vouloir la réaliser. Cette solution est confirmée par une jurisprudence constante¹.

Un autre signe paraît différencier le pacte de préférence de la promesse de vente proprement dite : c'est l'indication du prix, faite dans cette dernière. Dans le pacte de préférence, le prix sera généralement celui offert par le tiers, dont le promettant aura agréé les offres.

Mais ce n'est pas un critérium sûr. Car la promesse de préférence peut très bien porter l'indication d'un prix. Certains soutiennent qu'alors le pacte deviendrait une promesse synallagmatique valant vente, puisqu'il y a accord sur la chose et sur le prix. Cette prétention doit être énergiquement repoussée. Car, ainsi que l'indiquent MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat², « il ne suffit pas, pour que la promesse de vente vaille vente, qu'il y ait accord sur la chose et sur le prix; il faut aussi que celui à qui la promesse a été faite ait promis d'acheter. A

1. C. Amiens, 15 novembre 1928, *Rec. Gazette des Tribunaux*, 1929. II.31; C. Paris, 25 janvier 1929, *Rec. Gazette des Tribunaux*, 1929. II.2.

2. *Traité de Droit civil*, t. XVII, n° 73.

défaut de cet engagement la promesse reste unilatérale et ne transfère pas la propriété. »

A ce propos, l'examen d'un arrêt de la Cour de Nancy du 4 février 1911¹ semble particulièrement instructif.

Par bail sous-seings privés du 6 novembre 1903, Claude louait, pour six ans, à Claudel, une maison à usage de café et de magasin d'épicerie. En outre, le bail contenait la clause suivante : « Le preneur a droit à la faculté d'achat de la dite maison pendant la période de six ans et ce moyennant 20.000 francs, bénéficiant ainsi de la priorité ; à l'expiration des six années et si les *parties ne se sont pas entendues pour l'achat de la maison*, le preneur aura la faculté de renouveler le bail aux mêmes conditions. »

Claudel prétendant avoir la faculté d'acquérir l'immeuble pendant le bail, a fait sommation à Claude de lui passer vente de la maison. Celui-ci s'y est refusé, alléguant que la promesse n'était qu'un pacte de préférence l'obligeant envers le bénéficiaire, seulement s'il voulait aliéner cette maison.

Le Tribunal de Remiremont n'admit pas la prétention de Claude et l'obligea à réaliser la vente aux conditions prévues. Claude ayant fait appel, la Cour lui donna également tort, en confirmant les motifs suivants, adoptés par les premiers juges :

« Les termes de la stipulation consentie constituent au profit du demandeur un droit exclusif d'acquérir l'immeuble pendant la période du bail. »

« Le membre de phrase, bénéficiant ainsi de la priorité, ne peut s'entendre que d'un droit exclusif, se référant à la faculté d'achat réservée à Claudel. »

1. *Recueil périodique des arrêts de la Cour de Nancy*, 1911, p. 107.

« L'autre membre de phrase : « Si les parties ne se sont pas entendues pour l'achat de la maison » ne signifie pas non plus que l'engagement de Claudel n'était que conditionnel, puisque Claude, à l'expiration des six premières années, avait encore faculté de renouveler le bail aux mêmes conditions, c'est-à-dire avec faculté d'achat de l'immeuble pour le prix fixé de 20.000 francs. »

La Cour, ayant donc considéré que la clause indiquée constituait une promesse unilatérale de vente, a condamné Claude à réaliser celle-ci aux conditions fixées par la stipulation.

A notre avis, cette décision est loin d'être à l'abri de toute critique, et s'il a été fait une exacte interprétation de la volonté des parties, les motifs ne la justifient pas entièrement, ni en fait, ni en droit. C'est surtout le motif, par lequel la Cour rejette le caractère conditionnel de l'engagement du promettant. Car, si la clause constituait un pacte de préférence, c'est-à-dire un engagement conditionnel du promettant, il était très vraisemblable d'admettre son renouvellement après l'exécution du premier bail. En raison du caractère obligatoire pour le promettant de la promesse de vente, entraînant forcément la vente, si le bénéficiaire l'exigeait, l'expression « si les parties ne se sont pas entendues » est dénuée de sens. S'il y a véritable promesse de vente, les parties n'ont pas besoin de s'entendre : il suffit que le bénéficiaire déclare vouloir acheter aux conditions indiquées. Selon l'interprétation de la Cour, ce membre de phrase signifierait : si le preneur ne réalise pas la vente aux conditions indiquées. Le moins qu'on puisse dire est que les constatations de l'arrêt sont insuffisantes pour justifier une interprétation aussi large.

En outre, la Cour, s'appuyant sur l'article 1157, semble indiquer que, si on considère la clause comme un pacte de préférence, ce serait choisir le sens dans lequel la clause ne pourrait produire aucun effet. Cette manière de voir est en opposition manifeste avec les principes juridiques les plus certains, si on se réfère à l'avis de la quasi-unanimité des auteurs, et à la très grande majorité des décisions judiciaires. Le pacte de préférence peut produire des effets, qui vont parfois jusqu'à l'annulation d'une vente consentie au mépris de ce pacte. Mais dans le cas envisagé les effets ne pouvaient pas se produire immédiatement. D'ailleurs l'article 1157 n'impose pas le caractère immédiat.

Enfin l'art. 1162 déclare que, dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. Or il y a doute, et c'est le bailleur qui a contracté l'obligation. L'interprétation devant se faire en sa faveur, et l'obligation née du pacte de préférence étant moins rigoureuse que celle issue de la promesse de vente, la Cour eût dû déclarer que la clause constituait un pacte de préférence. Tout au moins, son arrêt aurait dû indiquer les circonstances d'où elle induisait l'intention claire des parties de faire une promesse de vente.

Cet arrêt est d'ailleurs le seul à méconnaître, par une interprétation quelque peu arbitraire de termes suffisamment clairs, le signe sûr et certain de la discrimination des deux conventions, c'est-à-dire l'inutilité d'un acte de volonté du promettant quand le bénéficiaire de la promesse, étant encore dans les délais, en réclame l'exécution.

Un autre signe distinctif de la promesse de vente

semble devoir être l'indication du prix dans le libellé de la clause. Le pacte de préférence, ordinairement, ne mentionne aucun chiffre; celui-ci, selon les formules les plus usitées, sera fixé par l'offre sincère d'un tiers au propriétaire du bien. Mais cette détermination du prix à l'avance n'est pas un caractère nécessaire de la promesse de vente : les bases d'évaluation pourraient y être seules prévues, et cela lui donnerait plus de souplesse pour s'adapter aux circonstances économiques : estimation par expert, moyennes de prix offert par des tiers, etc. A cause de cela, le fait, par le promettant, de se prévaloir, vis-à-vis du bénéficiaire, de l'offre d'un tiers ne révèle pas d'une manière sûre que la clause invoquée est un pacte de préférence.

Cependant, c'est ce que semble admettre un arrêt de la Cour d'Amiens du 15 novembre 1928¹. Il s'agissait de savoir, pour déterminer le délai d'acceptation de certaines offres de vente en exécution d'une clause d'un bail, si cette clause constituait une promesse de vente. La Cour déclara qu'il s'agissait d'un pacte de préférence et en donna le motif suivant : « Attendu que Mme Coppens signalait qu'elle avait un acquéreur qui lui en offrait un prix supérieur à celui porté dans l'acte de bail;

« Qu'elle n'aurait pas eu besoin de cet acquéreur si la promesse de vente eût été formelle. »

De plus, il est évident que Mme Coppens, à supposer qu'elle eût consenti une véritable promesse de vente, aurait pu, en fait, chercher à se prévaloir de cette offre avantageuse pour déterminer son locataire à devenir acquéreur et même à lui offrir un prix supérieur à celui consenti dans la clause du bail.

1. *Rec. Gazette des Tribunaux*, 1929.II.31.

A la différence ci-dessus que l'on peut retenir non comme une certitude, mais comme un simple indice, une seconde, plus exacte, semble-t-il, doit être ajoutée. Selon la jurisprudence actuelle, la promesse de vente est cessible¹. Par contre, le pacte de préférence renferme un élément d'*intuitus personæ* peu apparent, mais réel, et ce caractère paraît entraîner à le déclarer incessible. Cependant, les rares décisions judiciaires qui se sont occupées de la question l'ont toujours déclaré cessible et les auteurs qui l'ont étudié n'ont pas envisagé cet aspect du pacte.

§ 2. *Préférence et vente à réméré.*

Une autre convention très connue, le pacte de rachat ou vente à réméré, présente quelque ressemblance avec la convention de préférence. Mais la similitude n'apparaît vraiment que quand la préférence est consentie au profit du vendeur par son acheteur. Mais ici, s'il y a rapprochement dans le but poursuivi, les dissemblances dans le mécanisme juridique sont d'une clarté presque aveuglante.

S'il y a eu simple pacte de préférence, l'accord du promettant et du bénéficiaire est indispensable pour réaliser l'opération et opérer la transmission de propriété de l'acheteur promettant au vendeur bénéficiaire.

Dans le cas de réméré au contraire, la transmission de propriété au profit du vendeur s'opère sans un nouveau consentement de l'acheteur. Pour la réaliser il faudra, soit, selon les auteurs, une manifestation de volonté du

1. Voir H. Lalou, *Promesses unilatérales de ventes d'immeubles : cessions actives et cessions passives*, D. H. 1928. Chronique, p. 2.

bénéficiaire accompagnée d'offres réelles, soit, d'après la jurisprudence, une simple manifestation de volonté de celui-ci.

Un arrêt de la Cour d'Aix du 14 mai 1813¹ fournit l'occasion d'en montrer l'application pratique.

Dans l'acte d'échange de leurs maisons en date du 19 ventôse an XIII, Martin et Escombard conviennent que, si Escombard vend la sienne, Martin et les siens pourront la reprendre moyennant certaines conditions. Escombard ayant vendu sa maison à Bigounet, Martin assigne celui-ci en délaissement. Le tribunal accueille sa demande, sauf recours de Bigounet contre Escombard.

Bigounet fit appel, prétextant, entre autres griefs, que la clause invoquée par Martin constituait un pacte de rachat ou réméré qui ne pouvait être stipulé que pour cinq ans, alors que le contrat existait depuis plus de six ans.

La Cour rejeta les conclusions de Bigounet et déclara que la convention attaquée n'était qu'une promesse de préférence non soumise à ce délai maximum. Sa décision fut motivée en ces termes : « Considérant qu'on a mal à propos supposé que la clause sus-visée était prohibée par la loi, en ce sens qu'elle tendait à tromper le vœu de l'article 1660 qui défend la faculté de rachat pour un terme excédant cinq années ;

Que la clause dont s'agit n'offre pas un pacte de rachat proprement dit mais une condition résolutoire qui dépend d'un événement incertain...

...Que dans ces circonstances *Martin n'a pu agir que d'après la vente* et qu'il ne peut donc pas être puni de ne pas avoir agi plus tôt. »

1. *Journal du Palais*, t. XI, p. 373, Dalloz Rép. V° Echange, n° 12.

Le langage de la Cour est un peu obscur, mais il semble bien, que, dans sa pensée, le signe distinctif du pacte de rachat et de la convention de préférence soit la possibilité ou non pour le bénéficiaire d'imposer au promettant, à tout moment pendant le délai, le transfert de propriété de l'objet désigné au contrat.

En second lieu, la réalisation du pacte de préférence au moyen d'une revente par l'acheteur au vendeur ne résout pas rétroactivement la propriété de l'acheteur. Les droits réels nés du chef de ce dernier sont intégralement maintenus. Et le nouveau propriétaire, ancien vendeur, devra en supporter toutes les conséquences.

L'exercice du réméré, au contraire, anéantira rétroactivement tous les droits réels consentis par l'acheteur. L'ancien vendeur reprendra son bien libre de toute charge consentie dans l'intervalle par son acheteur à réméré.

Il en résulte qu'on ne peut soumettre le pacte de préférence aux restrictions imposées par la loi au réméré en raison de ses inconvénients économiques. Le bénéficiaire du réméré ne peut exercer son droit que dans un délai de cinq ans à partir de la vente. Le bénéficiaire du pacte de préférence ne verra pas limiter à ce délai le droit qui lui a été conféré par le vendeur. Enfin, dans le réméré, le bénéficiaire doit rembourser en plus du prix les frais de la vente, les réparations nécessaires et celles ayant augmenté la valeur de l'immeuble dans la mesure de cette augmentation (article 1673 C. civil). En matière de pacte de préférence, le Code ne donne aucune directive sur le prix à payer par le bénéficiaire. D'ailleurs, la disposition de l'article 1673 n'est qu'une simple indication mais n'est pas impérative pour les parties.

La différence entre les deux conventions est encore plus grande que celle existant entre le pacte de préférence et la promesse de vente. Ce dernier rapprochement, au contraire, pourra nous guider dans la recherche des règles applicables à certaines hypothèses communes à ces deux conventions.

§ 3. *Préférence et retrait.*

Si la comparaison avec le réméré a paru quelque peu téméraire, celle avec le retrait offrira l'occasion de mettre en valeur certains aspects du pacte laissés précédemment dans l'ombre. Quoique l'intérêt pratique n'en apparaisse pas immédiatement, il n'est pas moins important que celui de la précédente distinction.

Le retrait est le droit pour une personne de reprendre un bien à une autre qui vient de l'acquérir, en lui payant, le prix ou la valeur de l'objet et les frais d'acquisition.

Cette institution juridique, très répandue dans l'ancien droit français, fut, à cause de son caractère surtout féodal abolie par les lois révolutionnaires et le Code civil ne l'admit que dans trois hypothèses strictement déterminées.

La similitude qu'il offre avec le pacte de préférence s'aperçoit aisément. Tous deux aboutissent au remplacement de l'acquéreur primitivement choisi par un tiers offrant les mêmes conditions.

Cependant les différences sont notables, quoiqu'on ait autrefois invoqué, devant les tribunaux, cette similitude extérieure pour obtenir l'annulation de cette clause.

En premier lieu, le retrait ne peut s'exercer qu'en cas

de vente ou d'échange d'un bien déterminé. Le pacte de préférence, au contraire, peut être consenti en vue de tout contrat à titre onéreux sur le bien envisagé.

De plus, le bénéficiaire du retrait ou retrayant remplace, dans un contrat définitivement conclu et souvent entièrement exécuté, le retrayé, cocontractant choisi par celui qui a primitivement cédé les biens, objets du retrait. Dans le pacte envisagé, il y a bien substitution d'un contractant à un autre, mais l'offre par le tiers qui se voit remplacé par le bénéficiaire n'est qu'un projet de contrat, non un contrat définitif.

On peut noter également que le terme pendant lequel le retrait peut être exercé ne dépend pas de la volonté des parties. La durée de la convention de préférence est librement fixée par celles-ci qui ne sont limitées que par la prescription trentenaire.

Cette distinction, malgré la similitude partielle des résultats, est cependant très nettement établie. La comparaison des deux institutions juridiques permet de mieux dégager la véritable nature de la promesse de préférence qui apparaît ainsi comme une promesse de contrat sur un bien déterminé. Mais ici le bénéficiaire de la promesse ne peut imposer au promettant la conclusion du contrat prévu.

CHAPITRE II

EXISTENCE ET VALIDITE DU CONTRAT

Avec ce chapitre commence l'application au pacte de préférence des textes et des principes généraux du Droit civil concernant les conventions. Seules les particularités soulevées par cette application feront l'objet de quelques développements. En vue de faciliter cette étude, une première section traitera des éléments essentiels à l'existence de ce contrat. La seconde aura pour objet l'examen des obstacles possibles à la licéité et à la validité du pacte.

Section I. — Eléments essentiels à son existence.

Le pacte doit renfermer les quatre éléments nécessaires de toute convention : consentement, capacité, objet, cause et les présenter munis des qualités qui les rendent juridiquement efficaces. De courtes explications suffiront pour chacun. Car, en cette matière, le pacte de préférence présente peu de particularités notables.

Sur la cause de cette convention il n'y a rien de spécial à dire. Les motifs peuvent en être très variés : désir très vif d'acquérir un bien, d'obliger un ami ou quelqu'un qui a rendu service, regret d'un bien aliéné à la suite d'évène-

ments défavorables, etc... Les mêmes causes illicites ou immorales qui vicient l'existence des autres conventions peuvent se rencontrer dans le pacte de préférence et leur existence entraîne l'annulation de la stipulation de préférence, soit comme contrat principal, soit comme clause accessoire.

A propos du consentement des parties, il peut paraître évident d'indiquer que la stipulation doit être acceptée par le bénéficiaire. Sans cela, il y a seulement offre de préférence que, dans l'opinion générale, le promettant est obligé de maintenir pendant le temps nécessaire à la décision de celui à qui est faite l'offre. Dans le cas de pacte résultant d'une stipulation pour autrui, l'acceptation sera encore nécessaire pour empêcher le tiers stipulant de révoquer cette clause. Cette acceptation n'est d'ailleurs soumise à aucune forme, il suffit qu'elle soit certaine.

En matière de vices du consentement, soit chez le promettant, soit chez le stipulant, les règles du droit commun s'appliquent sans qu'il y ait lieu de faire des remarques particulières.

La capacité nécessaire pour le conclure soulève la question de savoir s'il faut suivre les règles concernant la conclusion des contrats ou celles concernant l'aliénation des biens. Ici, à la différence des promesses de vente, il est logique d'appliquer les règles de capacité sur la conclusion des contrats. En effet, le bénéficiaire du pacte ne peut forcer le promettant à la vente. Celui-ci n'y peut être contraint que par les circonstances. C'est seulement au moment où l'incapable promettant voudra aliéner qu'il devra observer les formalités imposées par la loi. Si c'est l'incapable qui est bénéficiaire du pacte, ne

s'obligeant pas à acheter, l'intervention de son protecteur légal pour accepter le pacte sera inutile, à moins qu'il ne s'agisse d'un fou interdit ou interné qui est censé ne pas avoir de volonté. Dans ce cas, son tuteur ou curateur acceptera seul en son nom. Il en est de même si l'incapable est un condamné en état d'interdiction légale. Rien de particulier n'est à signaler quand cette promesse est faite par ou au profit d'une personne morale, qu'elle soit de droit privé ou de droit public. Les règles qui leur sont applicables ne soulèvent aucune difficulté spéciale.

Il convient de s'arrêter plus longtemps sur l'objet de cette convention. Celui-ci consiste, en effet, dans la conclusion, par préférence, de certains contrats portant sur un bien déterminé. Sur ce bien et sa détermination il ne s'élève, ni en pratique ni en droit, aucune difficulté et les règles ordinaires suffisent.

Mais, en ce qui concerne la détermination des contrats donnant ouverture à préférence, la similitude de certains contrats donne lieu à des interprétations très délicates, surtout à raison des termes peu clairs employés par les parties. En général, la préférence est consentie en vue de la vente d'un immeuble, parfois en vue de la vente ou du louage, parfois du louage seulement. Elle ne se conçoit que pour des contrats à titre onéreux.

En vertu de l'article 1162 du Code civil, la clause recevra l'interprétation la plus étroite. Par exemple, si la préférence est stipulée en cas de vente et qu'il y ait donation, la préférence ne pourra pas jouer. Par contre, en cas de préférence insérée dans un contrat de vente au profit de l'acheteur, l'interprétation la plus large prévaudra, conformément à l'article 1602 du Code civil, qui déclare que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.

La jurisprudence offre peu d'exemples de difficultés de ce genre, car cette convention est faite surtout en prévision de la vente qui n'a guère d'équivalent. Le seul arrêt qui donne quelque lumière à ce sujet fut rendu par la Cour de Nîmes le 11 février 1819¹. Un exposé des faits est nécessaire pour une juste appréciation de la décision intervenue.

Le 14 octobre 1813, Vareille vend, avec pacte de rachat, à Ausset, deux pièces de terre. Il prenait l'engagement vis-à-vis d'Ausset de lui donner la préférence au cas de vente définitive. Vareille, voulant racheter, consentit le 14 octobre 1816, à Canonge une procuration pour faire offre de rachat à Ausset, payer en cas d'acceptation ou, à défaut, faire consignation des sommes offertes. Il subroge en même temps Canonge aux droits d'Ausset, si Canonge fait le versement de ses propres deniers. Le 18 octobre Canonge fit les offres qui furent refusées par Ausset.

Celui-ci, pour motiver ce refus, alléguait la préférence à lui consentie en cas de vente définitive et soutint que l'antichrèse consentie à Canonge était une aliénation donnant ouverture au pacte de préférence. Le tribunal admit les prétentions d'Ausset. La Cour, saisie par l'appel du perdant, rejeta les conclusions d'Ausset par les motifs suivants : « Considérant que, si le paiement fait par Canonge est valable, l'exercice du pacte de rachat a eu lieu et que Vareille est redevenu propriétaire des deux pièces de terre;

« Que Vareille n'a fait d'autre pacte avec Canonge que de devenir son débiteur des sommes que ce dernier a

1. Dalloz Rép. V^o Vente, n^o 1449

payées à son acquit et à lui donner à antichrèse les terres qu'il a rachetées d'Ausset;

« Qu'il n'a nullement transmis la propriété de ces terres à Canonge et que ce ne serait que dans ce cas qu'Ausset pourrait invoquer les droits et une préférence que lui donnait sa vente primitive. »

C'est une exacte application des principes. En effet, la caractéristique de la vente est d'être une translation de propriété et, dans l'antichrèse, le débiteur conserve la propriété mais abandonne la possession et la jouissance de l'immeuble à son créancier jusqu'à complet paiement. La translation de propriété n'ayant pas eu lieu, le droit du bénéficiaire du pacte de préférence ne s'est pas ouvert.

Le principe ci-dessus dégagé va servir de guide pour le cas de vente d'usufruit ou de constitution d'hypothèque à un tiers. Là encore, le bénéficiaire ne peut se prévaloir de son pacte si la vente seule a été prévue car il n'y a pas translation de propriété. En matière d'hypothèque, il pourrait se poser la question de savoir si le bénéficiaire, en cas de saisie et de vente à la requête des créanciers hypothécaires, pourrait faire réserver son droit par une clause insérée au cahier des charges. L'étude des causes d'extinction de l'obligation permettra de fournir la réponse.

Au contraire, si le promettant qui s'est engagé pour le cas de vente vend la nue propriété du bien désigné à une personne autre que le bénéficiaire, le pacte de préférence aura été violé sans aucun doute possible. Cependant, quoique l'échange soit en général assimilé à la vente, si le contrat de préférence ne parle que de la vente, le bénéficiaire ne pourra invoquer le droit né de la stipulation. Car on ne peut étendre une obligation à

l'encontre du sens clair et précis de la clause qui la crée. Cependant, si le promettant avait fait l'échange pour se soustraire à sa promesse, on pourrait le considérer comme s'étant mis par dol dans l'impossibilité d'exécuter. Cet aspect du problème sera envisagé dans le chapitre concernant l'impossibilité d'exécution qui trouvera sa place parmi les causes d'extinction de l'obligation issue du pacte.

Plus délicate encore est la question de savoir si la vente d'une partie du bien, objet d'une préférence en vue de vente, est soumise à cette préférence. En vertu du principe que, dans le doute, la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation, on doit décider que le promettant n'est pas tenu de l'observer dans une vente partielle. Mais, dans toutes ces hypothèses, les circonstances de la cause ont une importance prépondérante et, jusqu'ici, à notre connaissance, les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de se prononcer.

D'un intérêt tout particulier pour la pratique apparaît la question de savoir si le pacte de préférence consenti en vue de la vente vise aussi la vente aux enchères du bien qui en fait l'objet. Aucune solution définitive ne saurait être formulée *a priori*, car il faut tenir compte de l'intention des parties au moment du pacte. Mais un point est, de l'avis de M. F. Lemaître¹ et du nôtre, hors de doute : à défaut d'indications très nettes dans sa rédaction ou dans les circonstances qui l'ont accompagné « le pacte de préférence ne prive pas le promettant de la faculté de mettre le bien en vente aux enchères ». Dans ce cas, il y a lieu de modifier les procédés

1. F. Lemaître, Le pacte de préférence, *Journal des Notaires et des Avocats*, 1931, n° 36.665, p. 333.

ordinaires de notification et d'exécution du pacte comme il sera indiqué plus loin.

Que décider, dans le cas où la licitation est légalement obligatoire pour le promettant ou ses représentants ? A la question d'interprétation, qui seule est posée ici, vient se mêler celle d'exécution du pacte. Selon nous, cette dernière ne doit nullement intervenir dans la solution à donner à la première. Il faut rechercher la véritable intention des parties qui, en l'absence de stipulations expresses, sera révélée par les circonstances de fait de l'espèce. Cependant, à défaut de toutes précisions, il faut décider que le pacte de préférence en vue de vente concerne également l'hypothèse de vente aux enchères légalement obligatoire.

Avant de terminer les remarques sur l'existence du pacte, il n'est pas sans utilité de rappeler les effets sur lui de la nullité du contrat dans lequel il serait stipulé.

Si le pacte de préférence est une clause sans laquelle les parties n'auraient pas contracté, l'annulation du contrat principal entraîne celle du pacte de préférence. A l'inverse, l'annulation du pacte de préférence pour une cause qui ne vicierait pas en même temps le contrat principal se conçoit difficilement. Si, par impossible, le cas se présentait, l'annulation du pacte de préférence entraînerait celle du contrat principal comme détruisant le consentement des parties.

Si, au contraire, le pacte n'a pas une importance telle que, même en son absence, les parties auraient contracté, chacune subit ses propres causes d'annulation sans éprouver le contre coup de celles qui n'atteignent que l'autre.

Section II. — Validité du pacte.

Le pacte étant supposé exempt de vices de formation, il y a lieu de se demander si la loi ne doit pas le frapper d'inefficacité en raison de la restriction apportée par lui à la libre circulation des biens. De plus, la modalité qui en suspend l'existence semble dépendre, à première vue de la seule volonté de celui qui s'engage. S'il en était ainsi, la convention serait anéantie. Car le lien obligatoire ne pourrait se former entre le bénéficiaire et le promettant qui n'aurait, en réalité, nullement consenti à s'engager. Mais de sérieux motifs permettent de douter de l'exactitude de cette conception et un bref examen s'impose.

§ 1. *Caractère licite.*

A première vue, rien dans cette préférence ne paraît contraire à l'ordre public. Ce n'est point, semble-t-il, faire un usage prohibé de sa liberté de contracter que de réserver un bien, au cas où on en ferait l'objet de quelque convention, à une personne qu'on a des raisons de préférer à un contractant quelconque. Mais, ceux qu'une convention gêne sont très ingénieux pour découvrir des motifs qui dispensent de l'exécuter.

Pour y arriver, on a d'abord allégué que ce pacte était proscrit par les lois ayant aboli la féodalité, comme faisant revivre le droit de prélation ou retrait féodal. Les principes dégagés lors de la comparaison du pacte avec les retraits montrent l'inexactitude manifeste de cette assimilation. Deux traits principaux les distinguent

nettement : la durée déterminée du pacte de préférence et le simple remplacement d'un projet de contrat par un contrat. En effet, les parties fixent d'ordinaire le délai dans lequel devra se produire l'événement faisant naître le droit du bénéficiaire, c'est-à-dire la conclusion d'un certain contrat. En outre, la substitution du bénéficiaire du pacte au cocontractant ayant posé les bases du contrat se fait lors de la conclusion du contrat définitif et non après cette conclusion. Celui qui est évincé n'avait fait qu'une offre au promettant qui ne pouvait l'accepter que sous réserve du refus du bénéficiaire. Dans le retrait, au contraire, ce sont les solutions inverses qui sont admises.

De plus, rien dans les lois révolutionnaires concernant la féodalité n'a atteint et ne pouvait atteindre le pacte de préférence qui n'est qu'un contrat ordinaire. C'est ce que soutient une étude sur le pacte de préférence parue dans la *Revue Générale du Droit*¹. L'auteur s'exprime ainsi : « Le décret des 15-18 mars 1790 a aboli le retrait féodal, le retrait censuel, le droit de prélation féodale ou censuelle et le droit de retenue seigneuriale; le décret des 19-23 juillet 1790 a aboli le retrait lignager et le retrait de mi-denier (ce dernier, d'après Pothier, est un véritable retrait lignager); le décret des 25-28 août 1792 déclare que « tous les effets, qui peuvent avoir été produits par la maxime « Nulle terre sans seigneur », par celle de l'enclave, par les statuts, coutumes et règles, soit générales, soit particulières, qui tiennent à la féodalité, demeurent comme non avenues. Toute propriété foncière est réputée libre et franche de tous

1. *Revue générale du Droit*, 1883, t. VII, p. 424.

droits féodaux ou censuels.» Ces droits de retrait attribuaient au seigneur la faculté de se mettre au lieu et place de l'acquéreur, lorsque le vassal revendait son fief. Les droits de prélation et de retenue seigneuriale n'étaient que des modifications du droit de retrait ou plutôt le droit de retrait exercé sous une autre forme. « Le seul objet qu'ont eu en vue, dit Merlin, les lois abolitives de droits féodaux, a été d'anéantir les rapports de puissance d'une part et de sujétion de l'autre, que les droits féodaux avaient établis entre ceux qui les percevaient et ceux qui en étaient privés. »

Les principes ainsi rappelés, il ne peut être douteux que le pacte de préférence ne pouvait être atteint par ces lois.

Les tribunaux n'ont eu à se prononcer qu'une fois, à notre connaissance, sur cette question et, la Cour d'Aix, appelée à statuer à ce sujet dans une affaire Bigounet c. Martin, dont il a été parlé plus haut, n'a pas admis ce moyen de nullité. Pour apprécier la valeur de la décision et de ses motifs, un bref rappel des faits est indispensable. Dans l'acte d'échange de leurs maisons, Martin et Escombard conviennent que, si Escombard vend sa maison, Martin et les siens pourront la reprendre aux conditions énoncées au contrat. Escombard vendit sa maison à Bigounet. Celui-ci, assigné par Martin en délaissement, est condamné à le faire, sauf recours contre Escombard. Bigounet fit appel, prétendant que la convention faisait revivre le droit de prélation, aboli par la destruction du régime féodal. Il soutenait également que, si on y voyait un pacte de rachat, la faculté de rachat ne pourrait plus s'exercer, plus de cinq ans s'étant écoulés depuis la conclusion du contrat entre

Martin et Escombard. Cette prétention, ayant été examinée à propos de la comparaison du pacte de préférence avec le réméré, ne sera pas discutée ici.

La Cour, pour écarter l'application des lois abolissant la féodalité, donne la raison suivante : « Attendu que la clause dont s'agit n'a rien de commun avec le droit connu autrefois sous le nom de prélation et qui n'était qu'un abus de la *puissance féodale*, tandis qu'il ne s'agit ici que d'une *faculté librement consentie par les parties intéressées* comme condition de l'échange *et pour un temps déterminé*¹. Les qualités qu'elle reconnaît souverainement appartenir à la clause litigieuse lui apparaissent, à juste titre, constituer la négation du caractère féodal. Cet arrêt, quoique n'ayant pas été attaqué par les parties au moyen d'un pourvoi en cassation, ne peut, étant seul, passer pour exprimer l'opinion des tribunaux. Cependant, quoique la clause fût peu fréquente, d'autres plaideurs n'auraient pas manqué d'invoquer, à nouveau, son caractère féodal pour obtenir son annulation, s'ils avaient estimé ce moyen capable de les faire triompher devant d'autres juridictions.

Mais les attaques contre la licéité du contrat n'ont pas cessé pour cela. Plus tard, cette convention a été considérée comme établissant une restriction au droit de libre disposition du propriétaire, incompatible avec le statut de la propriété organisé par le Code civil. Laurent² mentionne cette objection et la réfute brièvement en ces termes : « Sans doute, le propriétaire s'impose une restriction, mais l'ordre public n'y est pas intéressé

1. C. Aix, 14 mai 1813, *Journal du Palais*, t. XI, p. 373. Dalloz Rép. V^o Echange, n^o 12.

2. Laurent, *Principes de Droit civil français*, t. XXIV, n^o 134;

puisque l'acheteur (il envisage le pacte de préférence consenti par l'acheteur au profit du vendeur) reste libre de vendre. » En effet, rien n'empêche le propriétaire d'aliéner son bien. Il est seulement tenu, avant de s'en défaire, d'offrir le bien à une personne déterminée. Le propriétaire n'est pas tenu d'aliéner au seul bénéficiaire du pacte et n'est pas obligé de lui transmettre le bien quand celui-ci déclare vouloir l'acquérir. D'ailleurs, cette personne doit, pour réclamer la préférence, lui offrir, ou accepter les mêmes conditions que les tiers avec lesquels le promettant pourrait contracter. Il n'est donc pas plus lésé que s'il contractait avec eux. De plus, quoiqu'il s'agisse d'une stipulation unilatérale, si le promettant l'a consentie, c'est qu'il en a retiré avantage. Il n'y a donc rien de choquant à ce que, d'un autre côté, il subisse quelque limitation dans la satisfaction de ses intérêts.

L'examen de la jurisprudence sur les pactes de préférence révèle un arrêt de la Cour de Limoges du 1^{er} juillet 1840¹, qui a nettement rejeté le motif d'illicéité tiré de l'atteinte portée au libre exercice du droit de propriété. Avant d'examiner les termes employés pour condamner cette argumentation, il est utile d'indiquer les principales particularités de fait de l'espèce. Un partage d'ascendant fait par Marius Malterre entre ses enfants le 8 août 1818 stipulait que, dans le cas où François Malterre voudrait vendre le patural dit pré Giraud faisant partie de son lot, il serait tenu *d'en offrir préalablement l'échange*, sans aucun retour, contre le patural dit « le Négadis », attribué à ses deux sœurs Gilberte et

1. D. 1841.II.85; S. 1841.II.8.

Marie. François Malterre vendit le pré Giraud à Blaise Poulignac sans observer la clause ci-dessus, et en rede-vint propriétaire le 24 janvier 1824. Gilberte Malterre ayant cédé ses droits à sa sœur Marie, épouse Gouyon, cette dernière actionne MM. Malterre et Poulignac en délaissement du pré Giraud, moyennant l'offre de donner en échange le Négadis.

Par le jugement du 11 août 1837, le Tribunal d'Aubusson rejette la demande, en déclarant que la clause du contrat était nulle, comme portant atteinte au droit de propriété. La dame Gouyon fit appel, en alléguant que la clause était parfaitement licite, n'entravant nullement l'exercice du droit de propriété. La Cour infirma le jugement et admit la validité de la clause que le Tribunal avait refusé d'appliquer. Sur quels arguments s'appuie-t-elle pour justifier une telle décision ? L'arrêt s'exprime en ces termes : « Attendu que ce droit (le droit de propriété) peut être restreint dans beaucoup de cas par des conventions qui toutes gênent plus ou moins la liberté et la volonté; qu'un pareil engagement (celui d'offrir préalablement et par préférence l'échange avec le pacage de Négadis), gêne et restreint le droit de propriété de Malterre, mais n'en détruit pas l'exercice d'une manière aussi absolue que l'ont prétendu les premiers juges; qu'il n'est pas plus exact de dire que, par l'effet de la clause, le pré Giraud de Malterre est mis hors du commerce et que c'est un engagement illimité qui blesse essentiellement le libre exercice du droit de propriété, puisque celui-ci peut toujours en disposer à une condition à laquelle il était libre de refuser de se soumettre;

« Qu'il n'est pas non plus vrai de prétendre que le pré Giraud était, par l'effet de la clause, frappé de stérilité

entre les mains de Malterre qui, exposé à voir passer cet immeuble dans des mains étrangères, ne se livrerait à aucune amélioration; que rien n'empêchait Malterre de provoquer l'échange, et que, nul ne pouvant s'enrichir aux dépens d'autrui, il était de droit entre les parties que, le cas d'échange arrivant, chacun serait tenu de se faire compte réciproquement des améliorations ou dégradations survenues depuis le partage. » La Cour s'est expliquée longuement car il lui fallait répondre point par point aux arguments invoqués par le Tribunal. Ce raisonnement est tout à fait concluant et réduit à néant les objections présentées contre la convention de préférence. De même que contre celui de la Cour d'Aix, aucun pourvoi en Cassation ne fut dirigé contre cet arrêt. Il est aussi le seul à s'être prononcé sur la validité de la restriction apportée par le pacte de préférence au droit de libre disposition des biens. D'ailleurs, toutes les fois que la Cour de cassation fut appelée à se prononcer sur les difficultés soulevées par l'exécution du pacte de préférence, jamais personne n'a invoqué le caractère illicite de cette convention, pas même ceux qui l'avaient violée sciemment.

§ 2. *Condition affectant le pacte.*

Au contraire, beaucoup mieux fondée semble l'opinion qui voit en ce pacte une convention soumise à une condition suspensive dont la réalisation dépend, dit-on, exclusivement de la volonté de celui qui s'engage. En effet, dire : je vous accorderai la préférence si je vends paraît équivaloir à la formule : je vous donnerai la préférence si je veux. Cependant, ce rapprochement ne cor-

respond pas à la réalité des faits. En principe, toute personne est libre de disposer de son bien quand et comment il lui plaît. Si elle ne veut pas l'aliéner ou en faire l'objet d'un certain contrat personne ne peut, en droit, l'empêcher de le conserver, sauf si ses autres biens ne suffisent pas à payer ses dettes. Mais les circonstances peuvent contraindre cette personne à se séparer de son bien et ainsi l'engagement pris n'est pas à la merci de la seule volonté du débiteur. De plus, comme la condition est la conclusion d'un contrat, il faut que le débiteur trouve une autre personne disposée à s'entendre avec lui pour contracter au sujet du bien envisagé. Il y a donc là plutôt une condition mixte, c'est-à-dire dépendant à la fois de la volonté du promettant et de celle d'un tiers, qu'une condition purement potestative, c'est-à-dire dépendant uniquement de la volonté du promettant.

Si le caractère mixte de la condition ne semble pas suffisamment net, on ne peut tout au moins contester que celle-ci ne présente le caractère potestatif simple qui rend la convention valable. Ce n'est pas équivalent de dire : « si je veux » et de dire : « si je fais telle chose ». La Cour de cassation a reconnu la validité de cette dernière condition dans un arrêt récent¹ et les auteurs se sont prononcés depuis longtemps en ce sens². Cela se conçoit d'ailleurs très naturellement, car l'action qui est ainsi prévue, et qui dépend de la volonté du promettant, peut lui être imposée par une foule de circonstances complètement étrangères³.

1. Cassation, 12 novembre 1928, D. H. 1928, p. 576.

2. V. Dalloz Rép. Prat. V^o Obligations, n^o 94.

3. Cf. Colin et Capitant, *Cours de Droit civil français*, t. II, p. 427.

TITRE II. — EFFETS DU PACTE

Si l'étude sur la formation du contrat présente surtout un intérêt doctrinal, l'examen des effets du pacte a surtout une utilité pratique. Et variés sont les problèmes que soulève son exécution. De quels moyens le bénéficiaire dispose-t-il pour imposer au promettant le respect de son engagement ? En quoi consiste l'obligation du promettant ? Le bénéfice d'une telle convention peut-il être cédé sans le consentement du promettant ? Mais, afin de procéder par ordre, il sera d'abord traité du contenu de l'obligation.

CHAPITRE PREMIER

CONTENU DE L'OBLIGATION

Quoique la rédaction des clauses de préférence offre beaucoup de variété, on peut cependant les ramener toutes au type suivant : « Si je fais tel contrat sur tel bien, je vous donne la préférence pour ce contrat, à égalité de conditions ». Il en résulte pour le promettant deux obligations distinctes : d'abord celle de faire connaître les conditions du contrat projeté, avec délai suffisant pour accepter, ensuite celle d'accepter le bénéficiaire comme cocontractant. Chacune de ces obligations fera l'objet d'une section de ce chapitre.

Ces deux obligations se complètent mutuellement et ne se conçoivent pas l'une sans l'autre. Cependant, pour la commodité de l'exposition, il est nécessaire de les examiner séparément. C'est par la plus originale qu'il convient de débiter : l'obligation de faire connaître les conditions du contrat projeté.

Section I. — Obligation de faire connaître les conditions.

Cette obligation d'indiquer les clauses du contrat projeté par le promettant découle tout naturellement de la notion de préférence. En effet, il n'est besoin de sti-

puler la préférence en faveur de quelqu'un que s'il n'offre pas au promettant des conditions plus avantageuses que d'autres personnes. S'il est plus avantageux de contracter avec le bénéficiaire, c'est tout naturellement avec lui que l'on fera affaire; afin que le bénéficiaire puisse offrir des conditions égales à celles des tiers, il faut qu'on porte à sa connaissance les offres de ceux-ci, et, c'est le promettant qui est le mieux en mesure de le faire. C'est la conséquence de la restriction à sa liberté de contracter qu'il a consentie.

En quoi consiste donc, et quelle est l'étendue de cette obligation ? Voilà ce qu'il est très important de déterminer avec exactitude car les stipulations contenues dans un contrat peuvent être d'ordre très varié, et, pour certaines, le promettant peut avoir des motifs légitimes de ne pas les faire connaître. D'abord, il est bien évident que les offres, faites par des tiers, et qui seraient jugées insuffisantes par le promettant, n'ont pas besoin d'être communiquées au bénéficiaire. Le promettant ne serait tenu de les communiquer que s'il était forcé de s'en contenter, en raison des circonstances qui le contraindraient à conclure le contrat. Mais, si les offres ont paru acceptables au promettant, quels renseignements sur celles-ci devra-t-il fournir au bénéficiaire ? Il est extrêmement difficile de donner une réponse tout à fait précise, car il y a là une question de bonne foi, et presque tout dépend des circonstances où se trouvent placées les parties. Néanmoins, on peut poser en principe que le promettant est tenu de faire connaître la contre-prestation offerte à la place de la propriété ou de la jouissance du bien dont il se prive et les modalités accessoires de celle-ci. S'il s'agit d'une vente, ce seront les délais de paiement du

prix, les intérêts stipulés pour ce qui restera dû, les charges particulières imposées en faveur de certaines personnes etc... S'il s'agit d'un loyer, en plus du prix seront indiqués le mode de paiement, la part contributive imposée pour les commodités particulières de l'immeuble (ascenseur, téléphone etc...), les garanties exigées pour le paiement etc... Ces modalités varient d'ailleurs avec chaque type de contrat, et le bon sens permet de les découvrir facilement.

Cette obligation doit être exécutée loyalement et les tribunaux n'hésitent pas à prononcer l'annulation d'une convention passée en violation de cette obligation¹ et un arrêt récent de la Cour de cassation² (Chambre des requêtes) a confirmé cette solution. Quelques mots sur les circonstances de l'arrêt et ses motifs sont indispensables pour préciser la portée des principes énoncés plus haut.

Par bail du 1^{er} avril 1920, consenti à Jargoyhen, Duffau s'engage à vendre à celui-ci l'immeuble loué par lui, de préférence à toute autre personne et à condition que Jargoyhen donnât le prix qui pourrait être offert par un ou plusieurs acquéreurs.

Duffau et les consorts Besse, futurs acquéreurs, notifient, par exploit du 19 octobre 1920, à Jargoyhen leur intention de réaliser la vente de l'immeuble au prix de 170.000 fr. en le mettant en demeure d'exercer son option dans le délai de 15 jours. Malgré les protestations de Jargoyhen demandant à connaître les autres conditions du contrat, Duffau, par acte du 11 novembre 1921, vendait l'immeuble aux consorts Besse au prix indiqué, mais les autorisait à se libérer par acomptes successifs

1. C. de Bordeaux, 19 août 1834, Dalloz Rép. V^o Vente, n^o 310 note 1.

2. Requêtes, 12 janvier 1926, D. H. 1926, p. 116; S. 1926.I.183.

supérieurs à 12.000 fr., et dans un délai maximum de 15 ans, à partir du 1^{er} janvier 1922.

La Cour de Pau, ayant été saisie de l'affaire après jugement du tribunal, prononça la nullité de la vente consentie par Duffau aux époux Besse, et le condamna à passer vente dudit immeuble à Jargoyhen, aux clauses du contrat annulé. Contre cet arrêt, les consorts Besse se pourvurent en cassation, et prétendirent que la vente ne pouvait être annulée pour n'avoir pas fait connaître les conditions du contrat, alors que la clause du bail ne parlait que du prix.

La Cour rejeta leur demande en s'exprimant dans les termes suivants : « Attendu que l'on ne saurait méconnaître l'intérêt que Jargoyhen avait à être fixé sur ces stipulations particulières avant d'exercer son droit d'option, les délais accordés pour le paiement du prix étant de nature à affecter ce prix lui-même et à exercer une véritable répercussion sur son importance... Attendu qu'en interprétant ainsi, sans la dénaturer, la clause litigieuse, la Cour de Pau a simplement usé de son pouvoir d'appréciation... »

La mauvaise foi des contractants méritait cette dure leçon. L'arrêt a été unanimement approuvé et en particulier par M. Demogue dans la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*¹. Il déclare notamment : « Le bénéficiaire du droit de préférence a une action *ad exhibendum* contre son promettant, pour connaître les conditions dans lesquelles il va traiter avec le tiers et spécialement, comme dans l'espèce, les très longs délais de paiement qu'il lui

1. *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1926, notes de jurisprudence p. 394.

accordait. Cette action oubliée en droit moderne subsiste encore dans notre droit français¹ ».

Un autre problème, voisin de la notification, est celui du délai imparti au bénéficiaire de la préférence pour faire connaître son acceptation. Il va sans dire que la question ne se pose que si la convention de préférence est muette à ce sujet et alors elle prend un aspect plus général. Un créancier peut-il, après coup, être mis en demeure par son débiteur d'avoir à exercer son droit dans un délai fixé par ce dernier ? L'affirmative semble difficile à admettre. Aucun délai n'étant prévu par hypothèse dans le contrat, cette faculté peut être exercée tant que cet exercice est encore utile, c'est-à-dire, en matière de pacte de préférence, tant que le projet de contrat avec le tiers n'est pas devenu un contrat définitif. L'arrêt intervenu dans l'espèce précitée ne peut nous donner aucune indication sur l'opinion de la jurisprudence à cet égard. Car le promettant ayant imparti au bénéficiaire un délai de 15 jours pour se prononcer, le contrat a été en fait passé aussitôt l'expiration de ce délai. Et ainsi le délai imparti pour opter se confondait avec le délai utile. La Cour de cassation n'a donc pas eu à se prononcer sur ce point.

Cependant, si la nécessité pratique justifie la fixation d'un délai d'option par le promettant, à défaut d'indication dans le pacte de préférence, ce délai doit être suffisant pour permettre au bénéficiaire une acceptation en connaissance de cause. Mais l'on ne peut fixer *a priori* le nombre de jours réputé convenable et il est susceptible de varier suivant les cas. De plus, la bonne foi

1. V. Demogue, *Traité des Obligations*, t. III, n° 212.

s'oppose à ce qu'une précipitation exagérée dans la conclusion du contrat empêche le bénéficiaire d'user d'une faculté qui lui a été reconnue.

En cas de vente aux enchères du bien soumis à préférence, l'obligation de faire connaître les conditions du contrat projeté revêt un aspect particulier et il y a lieu de modifier en partie les détails de son exécution. Au lieu de reproduire l'offre d'un tiers, l'exploit contiendra seulement la date et le lieu de l'adjudication, avec sommation de prendre connaissance du cahier des charges et d'assister à l'adjudication. Cette notification devra, à défaut d'indication expresse dans le pacte, être faite assez longtemps avant la vente pour permettre au bénéficiaire de faire modifier, judiciairement s'il y a lieu, le cahier des charges.

Quant au délai d'acceptation, il ne peut courir qu'à partir de l'adjudication. Si celui prévu au pacte est plus long que celui donné pour élire command, le cahier des charges pourra le respecter, mais en imposant au bénéficiaire de rembourser à l'adjudicataire les frais exposés par lui en plus du prix. Il serait possible également, à moins d'intention contraire très nette des parties, de réduire le délai d'acceptation à celui de l'élection de command. D'ailleurs, afin de supprimer toute difficulté, les parties feront bien de prévoir cette éventualité dans le pacte et d'en régler en détail les principales conséquences.

Section II. — Obligation de préférer le bénéficiaire.

Le promettant n'est pas délié de toute obligation envers le bénéficiaire quand il lui a fait connaître les conditions du futur contrat. Le promettant doit encore contracter avec le bénéficiaire, si celui-ci a déclaré faire siennes les conditions offertes par le tiers.

Comment exécuter cette obligation de préférer une personne à une autre ? Pour résoudre la difficulté, il y a lieu de distinguer deux cas : celui où le contrat projeté est translatif de propriété, celui où il ne l'est pas. Si le contrat projeté est translatif de propriété, il se forme entre les parties par la signification au promettant de l'intention du bénéficiaire de réaliser le transfert, aux conditions précédemment notifiées par le promettant ; et en même temps la propriété est transférée du promettant au bénéficiaire en vertu de l'art. 1138 du Code civil. Mais ce transfert ne deviendra opposable aux tiers que par la transcription du pacte de préférence, de la notification par le promettant de l'offre acceptée par lui, et de la notification de l'acceptation du bénéficiaire. La transcription du pacte de préférence serait peut-être inutile si les termes employés pour la signification des offres indiquent clairement la volonté du promettant de réaliser le contrat aux conditions indiquées dans l'exploit.

Dans la notification de son acceptation, le bénéficiaire aura soin de sommer le promettant d'effectuer, par acte authentique dans un délai déterminé, la réalisa-

tion du pacte. Après avoir fait constater le défaut de réalisation, le bénéficiaire pourra s'adresser au tribunal, pour obtenir un jugement lui tenant lieu du contrat projeté.

S'il s'agit d'un contrat non translatif de propriété, ce contrat se forme également par la notification de l'acceptation du bénéficiaire. Entre les parties, les effets s'en produiront à partir de ce moment là. Mais, à l'égard des tiers, ou si la nature du contrat exige une solennité de forme, cette acceptation ne suffit plus et le promettant est tenu, en vertu du pacte, à en passer acte dans la forme légale. D'ailleurs, il sera prudent dans l'acceptation de le sommer de s'exécuter dans un certain délai; faute de quoi, le bénéficiaire s'adresserait au tribunal pour obtenir satisfaction, après avoir constaté le défaut du promettant.

Si, dans les deux cas indiqués, le promettant persiste dans son refus, il y a inexécution par lui de son obligation, et, à ce moment, on lui applique les sanctions qu'elle comporte et qui sont étudiées dans le chapitre suivant.

Les deux obligations issues du pacte de préférence sont intimement liées. La notification des conditions du contrat est la plus importante; si elle n'est pas exécutée, l'autre ne peut l'être pratiquement.

En effet, le droit du bénéficiaire d'être préféré n'existe que s'il offre des conditions égales. L'appréciation de cette égalité semble devoir soulever de grandes difficultés à cause de l'infinie variété des clauses qui peuvent se rencontrer dans un même contrat; mais, en pratique, elles sont plutôt rares. Le seul point délicat à ce sujet est la vente en bloc du bien soumis à préférence et

d'autres biens. A défaut d'intention claire des parties, faut-il admettre en principe que la chose prévue au pacte devra toujours être l'objet d'un contrat distinct ou bien que, pour invoquer la préférence sur le bien, il faut l'exercer sur le tout ? Chacune de ces deux opinions a ses partisans et peut s'appuyer sur de solides arguments.

La première opinion a été soutenue récemment par M. F. Lemaître¹. D'après lui, le bien soumis à préférence, seul compris dans le contrat qui le concerne, « ne peut être, sauf le consentement contraire du créancier, confondu dans un même lot avec un autre bien, et le cahier des charges ne peut même autoriser la réunion, après des enchères distinctes, sur une seule mise à prix, du lot comprenant le bien soumis au droit de préemption avec un autre lot ». En effet, si cette solution n'était pas admise, il serait trop facile de paralyser indirectement mais très efficacement l'exercice de son droit par le bénéficiaire. Il est donc bien évident que la promesse de préférence contient implicitement l'obligation de passer des contrats distincts sur le bien visé.

La seconde opinion est tout aussi soutenable, car la préférence est subordonnée à l'égalité de conditions, qui impose au bénéficiaire de ne pas réclamer plus d'avantages que les tiers. Par conséquent, il est tenu d'exercer la préférence pour le tout et pas seulement sur le bien prévu au pacte.

A notre avis, il faut d'abord exclure le cas de mauvaise foi du promettant; en cette hypothèse la solution

1. F. Lemaître. Le pacte de préférence, *Journal des Notaires et des Avocats*, 1931, n° 36.665, p. 335.

n'est pas douteuse : le contrat distinct s'impose pour le bien soumis à préférence. Ensuite, aucune des deux opinions extrêmes exposées ci-dessus ne nous paraît devoir être entièrement adoptée et une distinction s'impose. La règle à suivre doit varier suivant que la mise en un même lot est naturelle ou artificielle. Ce blocage est réputé naturel si, tout en n'étant pas indivisibles, les deux biens se complètent nécessairement ; au cas contraire, il est artificiel. Le contrat en bloc sera possible et le bénéficiaire devra exercer son droit sur le tout chaque fois que la réunion de plusieurs biens dans un même lot sera naturelle. Au contraire, si cette réunion est artificielle, le contrat distinct sera obligatoire et le bénéficiaire pourra n'exercer son droit que sur le bien prévu au pacte.

En fait, quand il y a inexécution, c'est que le promettant n'a pas fait connaître les offres qu'il a reçues des tiers. Son refus de contracter, après avoir notifié des offres jugées par lui suffisantes, n'aurait guère de raison d'être qu'une animosité, justifiée ou non, contre le bénéficiaire du pacte. Ses intérêts matériels ne pourraient être lésés que par des événements de force majeure ou par son imprudence, qui l'aurait entraîné à notifier une offre avant d'avoir reçu toutes celles qu'il avait provoquées.

CHAPITRE II

NATURE DE L'OBLIGATION ET SANCTION

La question fondamentale que soulève le pacte de préférence est celle de savoir quels seront les droits accordés au bénéficiaire en cas d'inexécution du pacte. Mais la difficulté apparaît surtout quand le contrat projeté est translatif de propriété. On peut alors se demander si la propriété a été valablement transférée au tiers non bénéficiaire du pacte. Mais, avant de discuter les diverses opinions soutenues à ce sujet, il est bon de préciser la nature de l'obligation qui en découle.

Section I. — Obligation de donner ou obligation de faire ?

Selon le parti adopté dans cette controverse, l'exécution du pacte de préférence sera assurée d'une manière plus ou moins certaine. En effet, si le pacte de préférence engendre une obligation de donner, celle-ci s'exécutera au moment où la condition se réalise, c'est-à-dire quand le promettant dispose de son bien. La propriété étant transférée à ce moment-là au bénéficiaire, celui-ci est donc sûr de profiter du droit qui lui a été reconnu et

ainsi il n'a pas à redouter l'insolvabilité de son cocontractant.

Au contraire, si ce pacte n'engendre qu'une simple obligation de faire, le bénéficiaire ne pourra obtenir que des dommages-intérêts, à moins de prouver la complicité du tiers. En outre, l'insolvabilité du promettant peut l'empêcher d'obtenir réparation véritable du dommage ainsi causé.

L'étude faite au chapitre précédent a montré que le pacte engendrait deux obligations : celle de faire connaître les conditions, celle de passer le contrat avec le bénéficiaire. La difficulté ne se présente évidemment que pour la seconde de ces obligations et seulement si le contrat projeté transfère la propriété. Il ne serait donc pas question de la poser si la préférence avait été consentie en vue de la location d'un bien.

L'obligation de passer un contrat translatif de propriété est-elle une obligation de transférer la propriété ou une obligation de faire un autre acte juridique ? Avant d'indiquer les opinions émises à ce sujet dans le droit actuel, il est indispensable de dire un mot rapide de l'état de la question dans l'Ancien Droit.

La question posée a pour but de déterminer les droits du bénéficiaire à l'égard des tiers, qui ne sont point tenus avec le promettant. Contre ce dernier, le bénéficiaire a une action personnelle en exécution du contrat. Si l'obligation ne peut plus être exécutée en nature par la faute du promettant, celui-ci est tenu de verser des dommages-intérêts à son cocontractant. Mais cette sanction peut se trouver illusoire si le promettant est insolvable. De plus, le bénéficiaire peut avoir très grand désir d'être mis en possession du bien, au lieu de recevoir une

somme d'argent, même largement équivalente. C'est à cause de cela qu'il faut rechercher si le bénéficiaire n'a aucun droit réel sur la chose et, pour le savoir, déterminer si l'obligation du promettant est une obligation de donner ou une obligation de faire.

§ 1. *Solutions de l'Ancien Droit.*

Dans l'Ancien Droit, comme du reste à l'époque moderne, cette convention se rencontrait surtout dans les ressorts des Parlements des Pays de Droit Ecrit. Cependant, des auteurs de droit coutumier et non des moindres, Du Moulin et Pothier notamment, s'en sont occupés. D'une manière générale, on peut distinguer, à cet égard, deux périodes : l'une allant de la fin du x^ve siècle au début du x^{vii}e siècle; l'autre comprenant le x^{vii}e et le x^{viii}e siècle.

Durant la première période, les jurisconsultes ne reconnaissent pas le droit de revendication du bénéficiaire sur la chose objet du pacte ou le soumettent à d'importantes restrictions. En général, ils n'envisagent que le cas d'un pacte consenti par l'acquéreur au profit du vendeur relativement à la chose vendue.

Pour Gui Pape¹, auteur du x^ve siècle, la revendication n'appartient au vendeur que si la propriété n'a pas été transférée à l'acquéreur, soit à cause des termes de la convention, soit parce que le vendeur a retenu un droit réel sur cette chose (Chorier et Boerius² donnent des solutions analogues.)

1. Gui-Pape, *Decisiones Gratiopolitanae*, questio 569.

2. Chorier, *Jurisprudence de Gui-Pape*, art. VII; Boerius, *Decisiones aureae*.

Au ^{xvi}^e siècle, Du Moulin¹ admet l'action réelle :
« Ultimo ratione pactorum non servatorum potest aliquando peti rescindi contractum, ut vendo tibi domum adjecto pacto ut habeam jus offerendi vel jus praelationis. Tu vendis deinde immemor illius pacti. Ego certe possum agere, ut contractus propter non servato pacto rescindatur ».

Favre² prévoit l'hypothèse d'une vente à réméré dans laquelle le vendeur promet la préférence à l'acheteur en cas de cession du droit de rachat. Si le vendeur cède ce droit à un autre, l'acquéreur primitif sera préféré parce qu'il a la possession.

Mais, si le vendeur à réméré s'est engagé à ne vendre le droit de rachat qu'à un tiers désigné et si le droit est vendu à un autre, le pacte de préférence ne donne qu'une action personnelle contre le vendeur et l'acquéreur du droit sera préféré.

Il en serait autrement si au pacte de préférence était joint par la convention un droit de gage, parce qu'une fois un bien ainsi affecté, il ne peut passer en d'autres mains qu'avec ce qui le grève.

Le même auteur s'en est aussi occupé en matière d'antichrèse et dans le cas de vente à réméré vu sous un autre aspect³. Selon lui, le droit de préférence en cas de vente, réservé au créancier antichrésiste, peut s'exercer à l'encontre de tout tiers acquéreur, tant que dure l'antichrèse. Après l'expiration de l'antichrèse, quoique le contrat eût stipulé le maintien du droit de préférence, le créancier ne peut revendiquer le bien contre le tiers acquéreur.

1. Du Moulin, livre IV du Code.

2. Favre, livre IV, titre 36.

3. Favre, livre IX, titre 23.

En résumé, pour les jurisconsultes de cette période, le pacte de préférence n'engendre qu'une obligation purement personnelle. L'action réelle accordée au bénéficiaire n'est qu'une exception, plus ou moins restreinte suivant les auteurs et accordée seulement au cas où le bénéficiaire a sur la chose un droit réel, empêchant le tiers d'acquérir la pleine propriété sur l'objet du pacte.

Durant la deuxième période, au ^{xvii}e et au ^{xviii}e siècle, quoique l'on invoque l'autorité de ces anciens, la solution est toute différente. L'action en revendication contre le tiers acquéreur est plus facilement admise et il n'est plus nécessaire au bénéficiaire pour triompher d'avoir un droit réel distinct. Au contraire, le pacte de préférence est considéré comme engendrant un droit réel au profit du bénéficiaire, toutes les fois que le pacte est stipulé dans la tradition de la chose, lorsque la transmission est grevée de cette réserve. Cette solution était devenue si certaine que Pothier en dit à peine quelques mots pour en établir les bases. Mais la plupart des auteurs antérieurs à lui consacrent à cette question de plus longs développements.

Un arrêt du Parlement de Paris du 17 août 1586 relaté par Maynard¹ avait décidé que, si, dans une vente à charge de rente, l'acheteur a stipulé que la rente constituée sur lui ne pourrait être vendue et transportée à tout autre qu'à son refus, et si le vendeur aliène la rente sans avertir l'acheteur, celui-ci peut exiger que l'acquéreur soit contraint de la lui rendre et de lui en faire revente, moyennant le remboursement du prix. Maynard fait remarquer que cette stipulation ne pouvait empê-

1. Maynard, livre IV, chap. 10; livre IV, chap. 11.

cher le vendeur de l'héritage de disposer de la rente librement, car elle ne constitue qu'une obligation de faire. Il réfute cette objection en disant que la condition insérée au contrat de vente doit être considérée comme en faisant partie et comme empêchant le vendeur de disposer de la rente au profit d'autre que l'acheteur. A l'appui de cette solution, il cite un arrêt rendu à son rapport en septembre 1581 et l'opinion de Ferron sur les coutumes de Bordeaux qui estime de tels pactes conformes aux lois et leur exécution obligatoire selon leur forme et teneur.

Le même auteur signale un autre arrêt du Parlement de Toulouse (août 1584)¹, rendu à son rapport. L'acheteur avait promis de ne revendre qu'au profit du vendeur, mais n'avait sommé qu'une fois le vendeur de faire connaître ses intentions. Ce dernier ayant répondu qu'il verrait son conseil et l'acheteur ayant effectué quelques jours après la vente à un tiers, l'arrêt décide que cette sommation était suffisante.

Pour Cambolas¹, le pacte de préférence n'est valable que s'il a été stipulé en la tradition de la chose. Suivant un arrêt de 1590 du Parlement de Toulouse, deux frères ayant convenu que, si l'un d'eux voulait vendre ses biens, l'autre serait préféré, l'arrêt décida que ce pacte n'était pas suffisant pour retenir, parce qu'il n'avait pas été fait en la tradition ou la division de la chose. Cambolas estime au contraire que, si le pacte intervient dans la tradition de la chose, le vendeur a le droit de retenir. D'Espeisses² est du même avis.

1. Cambolas, livre I, chap. 24.

2. D'Espeisses, t. I, Première Partie, section IV.

Selon un arrêt rendu en mai 1734¹ par le Parlement de Toulouse, le pacte de préférence ne peut être utilement stipulé dans un contrat d'élection d'ami, car une telle élection ne contient aucune sorte de tradition de fonds. Si le pacte y est stipulé, il ne produira qu'un effet personnel, empêchant toute action contre le tiers acquéreur au mépris du pacte.

Un autre arrêt de février 1736, rapporté au tome IV, décide que le pacte de préférence convenu dans un contrat de partage en faveur d'un copartageant est un pacte réel, c'est-à-dire produisant des effets contre les tiers et peut être exercé pendant trente ans contre l'acheteur ou ses ayants cause. En second lieu, ce pacte peut être exercé contre une vente faite par décret et le demandeur en préférence n'est pas exclu pour avoir été partie et créancier opposant dans l'instance de décret. Enfin, le demandeur en retrait n'en est pas privé pour avoir même reçu de l'adjudicataire le prix de son allocation. Au tome V du recueil, un arrêt de 1712 déclare que le pacte de préférence est nul de droit, hors qu'il soit stipulé dans la tradition d'un fonds.

Pothier² a prévu toutes les difficultés auxquelles il pouvait donner lieu. Le pacte de préférence est qualifié par lui de retrait conventionnel. Sous ce nom, il désigne le droit résultant d'une convention faite lors de l'aliénation d'un héritage, et autorisant le vendeur et ses successeurs à prendre le marché pour eux, toutes les fois que l'immeuble serait vendu par l'acheteur ou ses successeurs. Ce droit donne au bénéficiaire une espèce d'ac-

1. De Juin, *Journal du Palais*, t. III, p. 444, n° 3.

2. Pothier, *Œuvres*. Edition Bugnet, t. III, *Traité des Retraits*, n° 531 et suiv.

tion réelle qui aurait les conclusions de l'action personnelle. Par une telle solution, il assimile le droit du bénéficiaire à ceux analogues appartenant aux seigneurs sur les héritages relevant de leurs fiefs. Mais, si cette analogie était toute naturelle à son époque, il ne faut pas oublier qu'il y a toutefois de notables différences, et une telle assimilation pourrait aboutir, dans notre droit, à l'annulation de cette convention, en vertu des lois qui ont aboli la féodalité et toutes ses conséquences. D'ailleurs, il admet que l'action du bénéficiaire peut s'exercer contre quiconque est en possession de l'héritage soumis à ce droit.

§ 2. *Opinions de la doctrine moderne.*

Quoique Pothier ait quelque peu étudié le pacte de préférence, le Code civil ne traite nulle part de cette convention. Le seul texte un peu particulier qu'on puisse lui appliquer est l'art. 1589, disant que la promesse de vente vaut vente, quand il y a consentement des parties sur la chose et sur le prix. Ce texte n'est pas d'un grand secours pour résoudre la difficulté présentement examinée. La loi de 1855 sur la transcription est également muette sur le pacte. Seule l'application des principes généraux peut fournir la solution.

Contre le promettant, le bénéficiaire a, en vertu de l'art. 1142, une action personnelle en dommages-intérêts. La presque unanimité des auteurs estime que l'obligation violée est une obligation de faire. Car le promettant n'est nullement obligé de transférer la propriété, mais de

donner la préférence en cas de transfert¹. En conséquence, ces auteurs refusent au bénéficiaire l'action réelle contre le tiers acquéreur. En sens contraire,² un auteur estime que le tiers acquéreur ne peut valablement opposer le transfert qui lui a été consenti, car le promettant n'a pu lui transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même. L'engagement consenti par le promettant l'oblige juridiquement à transférer la propriété au bénéficiaire et il ne peut transmettre à l'acquéreur le bien sans que ce dernier ne soit tenu de satisfaire aux obligations de son auteur relativement au bien, objet de la préférence. Malgré son apparente logique cette opinion ne peut être admise : en effet, l'obligation de donner ne naît que quand les deux parties sont d'accord pour transférer la propriété et cet accord n'existe pas au moment où se forme la convention de préférence. De plus, rien, ni dans les termes du pacte, ni dans sa nature, ne permet de penser que cet accord puisse avoir un effet rétroactif qui détruirait ce qui aurait été conclu au mépris de ses dispositions.

Une opinion intermédiaire, s'inspirant des solutions de l'Ancien Droit et admise par quelques arrêts de jurisprudence³, propose de distinguer suivant que le pacte a été consenti dans un acte translatif de propriété ou non. Dans cette doctrine, seul le pacte con-

1. Cf. Laurent, t. XXIV, n° 17 et 135; Guillouard, *Traité de la Vente*, t. I, n° 60; Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 5^e édition, t. V, § 352, note 5, p. 56; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Traité de la Vente*, n° 71; Demogue, *Traité des Obligations en général*, t. II, n° 901 al. 2 Colin et Capitant, *Cours de Droit civil français*, t. II, p. 427.

2. Larombière, *Théorie et Pratique des Obligations*, t. I, art. 1138, n° 13 et 14, 16.

3. C. de Toulouse, 16 novembre 1825, D. 1826.II.77. — C. de Grenoble, 11 mai 1827, S. 1827.II.244.

senti dans l'acte translatif de propriété donne un droit réel sur la chose et engendre une action réelle au profit du bénéficiaire. Si le pacte a été consenti en dehors de tout transfert de propriété, il n'en sort qu'une action personnelle contre le promettant. Mais, si séduisante qu'elle paraisse, cette théorie doit être rejetée. En effet, aucune disposition du Code civil n'autorise à l'accepter. Tous les droits réels sont limitativement prévus par la loi et, nulle part, elle n'attribue ce caractère au droit issu du pacte, puisqu'elle l'ignore totalement. De plus, le droit ne naît, en cas de violation de la promesse, qu'au moment où le concédant cesse d'être propriétaire de la chose. Comment admettre, dans de telles circonstances, la naissance d'un droit réel ? En outre, le promettant n'a consenti aucun démembrement de sa propriété; il a seulement restreint sa liberté personnelle d'aliénation et non la libre circulation du bien.

§ 3. *Examen de la jurisprudence.*

Si la doctrine se montre peu favorable aux prétentions du bénéficiaire, la jurisprudence ne se montre guère mieux disposée. En fait, un certain nombre d'arrêts accordent au bénéficiaire la restitution du bien, aux conditions prévues par le pacte. Mais, la plupart du temps, ces décisions s'appuient sur la mauvaise foi du tiers acquéreur caractérisée par sa connaissance antérieure du pacte. Tels sont les arrêts¹ de la Cour de Bordeaux du 19 août 1834, de la Cour de Limoges du 5 juin 1899,

1. C. de Bordeaux, 19 août 1834, Dalloz Rép. V° Vente, n° 310 note 1. — C. de Limoges, 5 juin 1899, D. 1903.II.41 et la note et, sur pourvoi, Requêtes, 15 avril 1902, D. 1903.I.38. — Requêtes, 12 janvier 1926, D. H. 1926, p. 116.

confirmé par la Chambre des requêtes le 15 avril 1902, enfin de la Chambre des requêtes du 12 janvier 1926. En général, les tribunaux refusent¹ d'ordonner le délaissement contre le tiers acquéreur, en disant que le pacte de préférence ne crée aucun droit réel au profit de son bénéficiaire, et n'engendre qu'une obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts en vertu de l'article 1142 (C. civil).

Cependant on peut relever deux décisions qui ont donné effet au pacte contre le tiers acquéreur, alors même que celui-ci n'était pas de mauvaise foi; ce sont les arrêts de la Cour d'Aix du 14 mai 1813², et de la Cour de Riom du 30 juin 1843³. Dans le premier arrêt, déjà examiné à propos de la validité du pacte de préférence, il s'agissait d'une préférence stipulée par les sieurs Martin et Escombard dans un acte d'échange : Si Escombard vendait la maison reçue en échange, Martin et les siens pourraient la reprendre par préférence. Escombard l'ayant vendue à Bigounet, Martin assigna ce dernier en délaissement de la maison et le tribunal donna raison à Martin. La Cour, appelée à statuer, confirma le jugement et admit le délaissement prononcé contre Bigounet. Des deux motifs qu'elle donne, l'un s'appuie sur l'article 2257 et sur les règles de la prescription; l'autre déclare que la clause se présente comme « une condition résolutoire qui dépend d'un événement incertain ». Cependant la Cour ne relève aucune circons-

1. C. de Toulouse, 15 juillet 1818, Dalloz Rép. V^o Vente, n^o 310, 2^o. — C. de Grenoble, 23 mai 1829, S. 1829.II.177 et, sur pourvoi, Requêtes. 9 juillet 1834, D. 1834.I.300. — C. d'Agen, 1^{er} février 1869, D. 1869.II.141. — C. de Toulouse, 17 mai 1880, D. 1881.II.226.

3. C. de Riom, 30 juin 1843, D. 1845.II.58.

2. C. d'Aix, 14 mai 1813, Dalloz Rép. V^o Echange, n^o 12.

tance de fait qui indique l'intention des parties à ce sujet. Cela semble signifier que la nature de la clause implique ce caractère. D'ailleurs, une telle interprétation est tout à fait naturelle dans un acte translatif de propriété. Mais c'est le seul arrêt qui ait usé d'une telle justification.

L'arrêt de la Cour de Riom, qui accorde également l'action contre le tiers acquéreur est intervenu dans le cas d'un pacte consenti au profit d'un vendeur. Le tiers acquéreur fut obligé d'abandonner les biens objets de la préférence moyennant le remboursement du prix payé et son remplacement par le bénéficiaire dans les obligations nées du contrat d'acquisition. Pour aboutir à ce résultat, la Cour déclare que l'on ne peut transmettre plus de droits que l'on en a soi-même. Elle ajoute que si l'effet du pacte se bornait à de simples dommages intérêts contre le promettant, la convention ne serait pas exécutée dans le sens où l'ont comprise les parties. En outre, selon elle, le tiers acquéreur aurait dû se faire représenter les titres du vendeur, qui lui auraient révélé l'existence de la clause. Quoique la Cour déclare que le nouvel acquéreur peut être évincé par le bénéficiaire en lui payant le prix d'acquisition, il est permis de penser que les magistrats se sont surtout appuyés sur ce défaut de consultation des titres de propriété. Cela enlève une partie de sa valeur à cette affirmation de principe.

Ainsi donc la jurisprudence consacre la doctrine suivie par la presque unanimité des auteurs. Le pacte de préférence n'engendre aucun droit réel au profit du bénéficiaire. Mais ce dernier n'est pas entièrement sacrifié. En effet, si le tiers acquéreur s'est associé à la violation par le promettant de son engagement, il pourra être

condamné à restituer le bien acquis par fraude. Ce palliatif n'est certes pas inopérant mais il est très loin de donner au bénéficiaire du pacte une sécurité juridique véritable. La section suivante, qui va être consacrée à l'étude de cette conséquence possible du pacte, permettra d'en apprécier plus nettement les insuffisances. Les divers remèdes proposés se heurtent pour la plupart à une objection grave : comment avertir les tiers de l'existence du pacte ? Car on ne peut punir les tiers de bonne foi d'avoir coopéré à la violation d'un contrat qu'ils ignoraient. Cependant, l'analyse rapide des diverses législations étrangères suggère un moyen assez facile à mettre en œuvre : l'insertion, dans les registres de la transcription, du pacte de préférence. Mais cela suppose le renversement de la jurisprudence sur la transcription des promesses de vente, éventualité qu'il est difficile d'envisager comme prochaine, car elle est conforme à l'esprit de la loi de 1855. Il est donc fort probable que l'intervention législative serait nécessaire et il est à craindre que la réforme se fasse attendre encore longtemps.

Section II. — Dommages-intérêts et exécution forcée.

Quoique le pacte de préférence n'engendre qu'un droit de créance au profit du bénéficiaire, ce dernier n'est pas livré sans défense aux agissements des tiers acquéreurs. Car, si ceux-ci n'ont pas d'obligation positive à accomplir à son égard, ils n'en sont pas moins tenus d'agir de bonne foi et d'éviter de lui nuire. Au cas donc où le tiers a contracté avec le promettant, tout en ayant connais-

sance d'un pacte antérieurement conclu par celui-ci, quels sont les droits du bénéficiaire ?

Le bénéficiaire du pacte peut seulement avoir une action personnelle en dommages-intérêts contre le tiers. Cette action n'est pas basée sur la violation d'un contrat, puisque le tiers n'a rien promis; mais son fondement se trouve dans le quasi-délit commis par le tiers en s'associant sciemment à la violation d'un contrat. D'ailleurs, avant de parler des effets de cette action, il faut examiner dans quels cas elle existe.

C'est au bénéficiaire qu'incombe la charge de prouver la connaissance du pacte par le tiers acquéreur. Car c'est cette situation qui constitue la faute du tiers acquéreur. On peut se demander si la preuve de ce fait suffit et s'il ne faudrait pas démontrer en outre des manœuvres destinées à empêcher le bénéficiaire d'exercer son droit. Se contenterait-on, par exemple, d'exiger que le tiers ait connu avec certitude l'existence d'un pacte de préférence au profit d'une autre personne et ait conclu le contrat de transfert projeté ? Ou bien faudrait-il que le tiers se soit associé aux manœuvres du promettant ? Cette exigence supplémentaire paraît inutile, car la mauvaise foi du tiers est nettement caractérisée par cette connaissance. La preuve à fournir par le bénéficiaire est déjà assez difficile pour qu'on ne lui impose pas une condition qui le priverait souvent de recours. Mais, si cette connaissance du pacte suffit à justifier l'action en dommages-intérêts, il faut l'établir, et cela ne sera pas toujours très facile. Comme cette convention se présente le plus souvent en vue de vente d'immeubles, on pourrait penser à se servir de la transcription. Comme les pactes de préférence n'engendrent

que des droits personnels, ils ne sont pas assujettis à la transcription. Le tiers ne commettrait donc aucune négligence en omettant de consulter sur ce point l'état des transcriptions. Mais, si le pacte est contenu dans un contrat soumis à transcription, cette circonstance ne suffirait pas à constituer de mauvaise foi le tiers acquéreur et son adversaire devrait faire la preuve qu'il a connu la transcription qui en a été faite.

Si le bénéficiaire a démontré la faute du tiers acquéreur, par la connaissance du pacte, quelle réparation va-t-il obtenir du tribunal ? Celui-ci se contentera-t-il de lui accorder des dommages-intérêts, représentant le tort qui lui a été causé ? Ou bien annulera-t-il la vente faite au mépris du pacte, celle-ci constituant la seule réparation véritable ? Cette dernière solution, qui est actuellement admise par la jurisprudence d'une manière générale, a été appliquée au pacte de préférence par deux arrêts de la Cour de cassation¹. Pour la justifier, on a cherché plusieurs explications. L'une consiste à y voir une application de l'article 1167 C. civil et de l'Action Paulienne. L'objection décisive qui lui est adressée est que l'exercice de cette action suppose l'insolvabilité du débiteur. Or, l'annulation de la vente est obtenue alors même que l'acquéreur de mauvaise foi est parfaitement en état de payer, sans qu'il soit nécessaire d'aliéner le bien qu'il vient d'acquérir. Une autre explication voit dans cette solution un cas particulier de responsabilité civile basée sur l'article 1382 C. civ. En effet, dit-on, le tiers acquéreur a causé un dommage au

1. Requêtes, 15 avril 1902, D. 1903.I.38. — Requêtes, 12 janvier 1926, D. H. 1926, p. 116.

bénéficiaire et doit en conséquence le réparer. Mais la stricte application des principes n'aboutirait qu'à une réparation pécuniaire. Pour éviter ce résultat, on allègue que, nulle part dans la loi, n'est inscrit le caractère nécessairement pécuniaire de la réparation des dommages causés par quasi-délit. Le juge doit être libre de désigner le mode de réparation qui lui paraît le plus approprié à la nature du préjudice. Dans le cas envisagé, l'annulation du contrat conclu entre le promettant et le tiers acquéreur est le seul remède à la situation. En conséquence, puisque le bénéficiaire a le droit d'exiger la conclusion du contrat prévu aux conditions offertes par le tiers, le tribunal ordonne au promettant d'en passer acte, faute de quoi le jugement en tiendra lieu.

Dans l'organisation de cette sanction, l'influence de la règle morale sur le droit est tout à fait manifeste. La pratique avait révélé l'insuffisance des sanctions issues de la stricte logique juridique. Comme l'écrit M. Ripert¹ : « si le droit civil a senti le besoin de sanctionner la règle morale, c'est qu'il a fallu chercher, dans l'observation de cette règle, une protection que le droit ne trouvait aucun moyen d'assurer autrement... Le futur acquéreur qui est créancier d'une promesse de vente, l'acquéreur de meubles qui n'a pu se les faire livrer, ne peuvent par aucun procédé technique empêcher le propriétaire de violer l'obligation contractée; ils sont obligés de se fier à sa parole, donc à sa conscience. Les tiers doivent les aider et obliger cet homme à tenir parole ».

Cependant, le véritable caractère de la sanction appliquée par les tribunaux a besoin d'être précisé.

1. G. Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, p. 204.

L'anéantissement qui frappe la convention intervenue entre le promettant parjure et le tiers acquéreur son complice possède, pour certains, toutes les marques de la véritable nullité; d'autres, au contraire, le considèrent comme une simple mesure de réparation. Une espèce récemment jugée par la Cour de cassation¹ a donné aux deux thèses l'occasion de s'affronter; mais il semble qu'en raison des circonstances de la cause la solution de fait serait la même. Quelques détails précis sont indispensables pour avoir une vue exacte des intérêts en présence et des difficultés auxquelles les juges devaient donner une solution. Les époux Piquet, commerçants, avaient, suivant un bail consenti le 18 octobre 1918 par Mme Carnet propriétaire, un droit de préférence sur l'immeuble loué, en vertu de la clause libellée en ces termes : « Au cas où, pendant la durée du bail, Mme Carnet viendrait à vendre l'immeuble loué, elle s'engage à prévenir M. et Mme Piquet, qui auront un droit de préemption en se conformant aux obligations stipulées dans la vente. »

Le 7 janvier 1924, Mme Carnet vend l'immeuble aux époux Roussel, sans observer la clause de préemption que ceux-ci connaissaient. Et le 20 mars 1924, les époux Roussel revendaient aux Nouvelles Galeries. Cette vente ayant révélé l'atteinte portée aux droits des époux Piquet, ceux-ci saisirent le Tribunal de Fougères qui, par jugement du 3 juin 1925, refusa d'annuler les ventes mais leur accorda 20.000 francs de dommages intérêts. La Cour de Rennes, au contraire, par arrêt du 6 avril 1927² annula la vente consentie aux époux

1. Chambre civile, 13 novembre 1929, D. P. 1929.I.131 et la note.

2. C. de Rennes, 6 avril 1927, *Rec. Gazette du Palais*, 1929.II.933.

Roussel et, par voie de conséquence, celle faite aux Galeries Guillemot « attendu que les époux Roussel, par suite de la nullité de la vente ainsi consentie par la dame Carnet, ont cédé à la société des Galeries Guillemot un immeuble qui n'avait pu valablement entrer dans leur patrimoine et sur lequel dès lors ils n'avaient aucun droit de propriété. » La Cour accorda aussi des dommages-intérêts.

Un pourvoi formé contre cette décision, pour violation des articles 1134, 1126, 1167 et 1583 du Code civil fut admis, et la Chambre civile rendit le 13 novembre 1929 un arrêt de cassation. Celui-ci décide que la nullité de la première vente faite au mépris du pacte de préférence ne suffit pas à annuler la seconde faite à un sous-acquéreur et qu'il faut relever, contre ce dernier, des faits indiquant sa connaissance du pacte, pour prononcer la nullité de la vente à lui faite.

L'examen des arguments invoqués par chaque juridiction en faveur de son opinion fournira l'occasion de préciser certains points. Si la Cour de Rennes semble nettement se rattacher au système de la nullité complète, la Cour de cassation, pour en faire une simple inopposabilité, s'appuie aussi bien sur la théorie de l'action Paulienne que sur celle de la responsabilité, invoquant les deux articles 1167 et 1382. En pratique, la solution de la Cour de Rennes sauvegarde très efficacement les droits du bénéficiaire de la préférence, qui n'a aucun autre moyen de faire respecter son droit. Par contre, les tiers de bonne foi, dont l'ignorance à l'égard du droit de préemption ne peut être empêchée, sont sacrifiés. La Cour de cassation, au contraire, protège les tiers de bonne foi, mais les bénéficiaires sont sans défense contre des cocontractants déloyaux.

L'opinion adoptée par la Cour de Rennes, qui voit dans l'anéantissement de la vente consentie au mépris du pacte une véritable nullité, paraît s'appuyer sur la maxime « *Fraus omnia corrumpit* ». Cette maxime, nullement écrite dans les textes, est interprétée comme impliquant une destruction totale de l'acte fait en fraude des droits d'autrui. Cette destruction s'opérerait également dans le passé et pour tous les effets que l'acte aurait pu produire depuis sa naissance. Sur quoi fonder une telle doctrine ? La maxime invoquée manque de précision et l'arbitraire qu'elle engendre est trop dangereux. De plus, on ne peut punir avec une égale sévérité des manquements aux droits d'autrui d'une inégale gravité, ni surtout atteindre par contre-coup mais sûrement des gens qui n'ont commis aucune faute. Alors que la loi fait des distinctions dans les manquements commis contre elle, le juge pourrait déclarer nul radicalement tout acte contenant un élément de fraude ! Cela n'est pas possible. Si des sanctions s'imposent pour faire respecter le droit d'autrui, on doit leur dénier absolument le caractère de nullités véritables, frappant l'acte d'une inefficacité totale dans le passé et dans l'avenir. Ainsi, dans l'espèce envisagée, la vente consentie aux époux Roussel ne pourrait être opposée aux époux Piquet voulant reprendre l'immeuble aux mains des acheteurs. Mais cette vente n'est pas considérée comme anéantie dans le passé, ni comme n'ayant transmis aux époux Roussel aucun droit sur l'immeuble, objet de la préemption.

La Cour de cassation, qui ignore la maxime « *Fraus omnia corrumpit* », applique une conception plus exacte. D'après elle, pour que le bénéficiaire obtienne la res-

titution de la chose, il doit prouver, à la charge du sous-acquéreur s'il y a eu revente, la fraude ou la faute de celui-ci. Quoique le terme d'annulation soit employé dans l'arrêt, il ressort nettement de la décision qu'il ne s'agit pas d'une nullité véritable. Car, si la nullité, au sens propre du mot, de la première vente est prononcée, elle entraîne celle de la deuxième, la propriété n'ayant pas été transmise au premier acquéreur. Mais, pour la Chambre civile, la première vente entachée de fraude est inopposable au bénéficiaire de la préemption, seulement quand l'acquéreur frauduleux l'a entre les mains. Mais cette vente, n'étant pas nulle, lui a fait acquérir la propriété qu'il a pu valablement transmettre au sous-acquéreur. Ce dernier est en principe à l'abri de toute attaque. Cependant, le bénéficiaire de la préemption peut obtenir du tribunal la restitution de la chose s'il prouve la fraude du sous-acquéreur.

Ces solutions sont analogues à celles qu'engendrent les règles de l'Action Paulienne. Cette similitude s'explique par le caractère indemnitaire de l'action du créancier et de celle du bénéficiaire de la promesse. Le promettant ayant méconnu son obligation, le bénéficiaire peut le poursuivre pour obtenir réparation de cette inexécution. Si l'acquéreur a été complice de cette violation, le bénéficiaire a également contre lui une action en réparation. Cette réparation doit s'adapter le mieux possible au dommage causé si aucun obstacle juridique ne s'y oppose. Or, la méconnaissance du droit du bénéficiaire rend inopposable à celui-ci l'acquisition faite par le tiers. Celui-ci peut donc être valablement condamné à restituer le bien acquis. Mais la restitution n'anéantit pas les droits réels que l'acquéreur de mauvaise foi aurait pu

établir sur le bien. La Cour de cassation admet ce caractère puisqu'elle invoque l'article 1382 à l'appui de sa décision du 13 novembre 1929.

Quant aux faits constitutifs de la fraude, on ne peut dégager des arrêts de la Cour de cassation des indications très nettes. L'arrêt de la Chambre des requêtes du 15 avril 1902¹, confirmant un arrêt de la Cour de Limoges du 5 juin 1899², déclare que la restitution peut être ordonnée quand le tiers acquéreur « a eu connaissance de ce pacte et de l'intention du bénéficiaire du dit pacte d'en profiter ». Un autre du 12 janvier 1926³ déclare que le fait de notifier le prix au bénéficiaire, sans indiquer que ce prix comportait des conditions de paiement particulièrement avantageuses, constitue une véritable fraude. L'arrêt de la Chambre civile du 13 novembre 1929 fait appel à la notion de faute en même temps qu'à celle de fraude pour baser une demande en restitution contre l'acquéreur ou le sous-acquéreur. Il semblerait que, par l'emploi du mot faute, la Cour veuille entendre que l'intention de nuire ne soit plus nécessaire pour faire prononcer la restitution. Cela peut s'expliquer par le fait que la Cour, s'appuyant sur les deux articles 1167 et 1382, Code civil, ne veuille pas prendre nettement parti pour l'un ou pour l'autre. De tout cela il résulte que, pratiquement, il est plus clair et plus exact d'exiger seulement que soit démontré la connaissance, chez l'acquéreur, du pacte consenti au bénéficiaire et de l'intention de celui-ci d'en profiter. Cette dernière exigence est à notre avis superflue. Car s'il connaît le pacte de préférence et

1. D. 1903.I.38.

2. D. 1903.II.41 et la note.

3. D. H. 1926, p. 116.

puisque'il a le devoir juridique de ne pas nuire à autrui, l'acquéreur commet une faute en ne s'assurant pas que le bénéficiaire a été mis en demeure d'exercer son droit.

La condamnation du promettant à des dommages intérêts est la seule sanction juridique de l'obligation de celui-ci. Il est étonnant que, malgré sa très grande fragilité, cette convention n'ait pas disparu complètement. Il serait pourtant d'une extrême facilité d'en assurer l'exécution, en autorisant la mention complète de ces clauses sur les registres de la transcription, même si elles n'étaient pas insérées dans un acte susceptible de transcription. L'examen rapide de certaines législations étrangères montrera l'efficacité de cette solution.

CHAPITRE III

TRANSMISSION DE L'OBLIGATION

Après avoir examiné le fonctionnement du pacte à l'égard de ceux qui y ont été présents il faut se demander si ses effets se produisent aussi à l'égard de ceux qui sont les continuateurs des parties. De plus, cette question conduit tout naturellement à rechercher si l'obligation ainsi transmise est ou non divisible. Enfin quelques mots sur les conséquences de la transmission sont indispensables. Cette recherche fera l'objet des deux sections du présent chapitre.

Section I. — L'obligation est-elle transmissible ?

Le pacte de préférence semble, à première vue, appartenir par sa nature au groupe de conventions où la considération de la personne a une grande importance pour chacun des contractants. Cette préférence accordée à égalité de conditions donne naturellement à penser que la convention a pour motifs des relations d'amitié ou d'affaires tout à fait particulières existant auparavant entre les parties. La conclusion juridique qu'on a voulu en tirer est que cette convention ne devait pas survivre à ceux qui l'ont faite et la mort de l'une des parties

devait en amener la disparition. De plus, celui au profit duquel elle a été consentie n'en pourrait céder le bénéfice à une autre personne sans le consentement de celui qui s'est obligé. C'est surtout cette dernière conséquence qui a été soutenue parfois devant les tribunaux. M^e Lalou¹, dans un article du *Dalloz Hebdomadaire*, admet aussi cette opinion.

Au préalable, de courtes remarques sur la transmission par décès de l'obligation sont indispensables. Selon l'article 1122, Code civil, on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention. En cas de volonté formelle des parties, en effet, il n'y a pas de difficultés, et l'obligation sera exclusivement attachée à la personne des contractants. Il s'agit donc de savoir si la nature du pacte l'empêche de se transmettre activement et passivement.

Pour la transmission passive, on ne peut pas dire que le bénéficiaire a eu en vue une qualité exclusivement personnelle au promettant, de telle sorte que personne d'autre que lui ne pourrait remplir l'obligation. Ce que le bénéficiaire a eu en vue, c'est la conclusion d'un contrat translatif de propriété, et la seule qualité fondamentale chez le promettant c'est celle de propriétaire du bien objet de la préférence. Si les successeurs par décès du promettant ont cette qualité, on ne voit pas du tout pourquoi les successeurs seraient déliés de l'obligation pesant sur leur auteur. L'exécution de cette dernière est parfaitement possible et elle sera tout aussi utile au bénéficiaire, quel que soit celui qui opère le transfert

1. *Le pacte de préférence*, H. Lalou, D. H., Chronique, p. 42.

de propriété. Même si le contrat en vue duquel est consentie la préférence n'a pas pour effet de transférer la propriété, il suffit que les successeurs soient capables matériellement et juridiquement de passer ce genre de contrat. Car, si ces derniers lui paraissent offrir moins de garanties que le contractant primitif, il peut se refuser de contracter avec eux et n'a nullement besoin pour cela de la destruction du pacte. La notion d'*inluitus personæ* n'existe donc pas en ce sens et n'a pas besoin d'intervenir.

Mais il n'en est pas exactement de même à l'égard de la transmission active. Le promettant peut avoir été amené à consentir la préférence surtout en raison de la personne du bénéficiaire; comme il s'agit d'un contrat ultérieur, où le bénéficiaire jouera le rôle de débiteur, ses successeurs ne présentent pas nécessairement les mêmes garanties de solvabilité. De plus, les motifs qui ont poussé le promettant à satisfaire le bénéficiaire n'existent pas forcément à l'égard des successeurs de ce dernier. Cependant, si ces remarques présentent quelque valeur pour compléter certaines indications des parties en ce sens, elles ne sont pas suffisamment fortes pour permettre de conclure au caractère exclusivement personnel au bénéficiaire de la convention de préférence.

Accorder la préférence à quelqu'un pour tel contrat n'implique pas une telle confiance dans le bénéficiaire que sa disparition doive entraîner celle de la préférence à lui consentie. D'ailleurs, si le promettant est tenu d'offrir et d'accorder la préférence au bénéficiaire, il n'est nullement obligé de passer le contrat par la seule déclaration de volonté du bénéficiaire. Comme il peut impunément refuser les offres des tiers, il n'a pas besoin de recourir au caractère exclusivement personnel du

pacte pour éviter de contracter avec une personne qui ne lui offre pas les garanties désirables.

Ainsi donc le pacte de préférence est transmissible par décès aux successeurs du promettant et à ceux du bénéficiaire. Un arrêt de la Chambre des requêtes du 24 mars 1830¹, qui l'avait ainsi décidé pour une promesse de vente, a admis le légataire universel à invoquer la promesse, alors que celle-ci avait été consentie dans des circonstances qui auraient dû en faire admettre le caractère strictement personnel. Cette promesse, en effet, avait été consentie par des frères à leur sœur sur un immeuble leur appartenant à tous trois, et le légataire universel qui en réclamait le bénéfice était le mari de la sœur des promettants.

Dans le cas de cession entre vifs du pacte, les arguments invoqués ci-dessus sont également valables. Mais il y a lieu de tenir compte de remarques particulières à cette hypothèse. Le promettant peut avoir davantage à craindre des cessions faites entre vifs que de la transmission aux héritiers du bénéficiaire. Car la promesse peut avoir été faite pour une durée déterminée et, dans ce cas, l'éventualité d'une transmission est moins probable si la durée est assez courte. De plus, quoiqu'il puisse avoir confiance dans le bénéficiaire, la nécessité peut pousser celui-ci à choisir un cessionnaire qui offrirait peu de garanties au promettant. Mais cela ne suffit pas non plus pour retirer au bénéficiaire le droit de céder la préférence promise et, en fait, il n'en usera qu'au profit d'une personne qui aura le même intérêt que lui à la préférence. Si le consentement du promettant était

1. Chambre des Requêtes, 24 mars 1830, D. 1830.I.180.

nécessaire à la cession, la convention perdrait beaucoup de son utilité. La cessibilité entre vifs du pacte de préférence doit être reconnue, sans qu'il soit besoin du consentement du promettant pour sa validité. Seule, la volonté contraire des parties et exprimée en termes clairs pourrait le rendre incessible et purement personnel au bénéficiaire. La Cour de Limoges, dans son arrêt déjà cité¹, consacre formellement cette opinion en déclarant que « ce droit personnel, non réel tant qu'il n'y a qu'une promesse unilatérale de vente, n'a rien de personnel en ce sens qu'il serait exclusivement attaché à la personne de celui à qui elle a été faite. » La Cour de Rennes, dans son arrêt du 6 avril 1927² recherchant en fait s'il y a eu cession, ne fait même pas allusion au prétendu caractère strictement personnel du droit issu du pacte de préférence.

En fait, cette cession intervient le plus souvent au profit de l'acquéreur d'un fonds de commerce et cessionnaire du bail, qui généralement contient la clause de préférence. Mais la cession du droit de préférence ne se présume pas et ne résulte pas nécessairement de ce que la sous-location est faite aux mêmes clauses et conditions que le bail primitif lui-même. L'intention de céder ce droit doit être clairement manifestée par le bénéficiaire ou s'induire très nettement des circonstances.

La transmission du pacte de préférence ainsi admise peut soulever de grandes difficultés pour l'exécution du pacte, notamment en cas de transmission aux héritiers mineurs du promettant. Mais, avant d'en venir à l'exa-

1. C. de Limoges, 5 juin 1899, D. 1903.II.41.

2. C. de Rennes, 6 avril 1927, *Rec. Gazette du Palais*, 1929.II.932.

men de cette importante question, une autre doit logiquement être résolue : celle de savoir si l'obligation de préférence est divisible ou indivisible. La section II de ce chapitre élucidera les différents points qu'il convient d'envisager.

Section II. — L'obligation est-elle indivisible ?

Le caractère particulier du pacte de préférence rend malaisé la réponse à cette interrogation. Son importance est surtout grande en cas de transmission par décès. Mais, ce qui complique singulièrement le problème et en obscurcit les données, c'est que la préférence est accordée pour certains contrats à passer au sujet d'un bien déterminé. Afin de faciliter la discussion, il faut examiner successivement le cas de la préférence en vue de contrats translatifs de propriété, et celui de la préférence en vue de contrats non translatifs de propriété.

Si la préférence a été accordée pour des contrats translatifs de propriété, la plupart du temps, le contrat prévu aura pour objet la livraison d'un corps certain. Dans ce cas, aucun doute ne peut exister et l'obligation du promettant est indivisible, en vertu de l'article 1221, 2^o Code civil. Cependant, s'il s'agissait de la livraison d'une chose de genre, l'obligation serait divisible.

Au contraire, si la préférence a été consentie en vue de contrats non translatifs de propriété, la réponse ne peut être donnée aussi facilement car ni l'obligation de faire connaître les conditions, ni celle de préférer le titulaire du pacte ne sont susceptibles de division. On peut évidemment faire connaître ces conditions à plusieurs

bénéficiaires; mais on ne peut préférer plusieurs personnes à la fois pour un contrat sur une même chose. Le promettant, en s'engageant, n'a envisagé que la présence d'un créancier unique de la préférence. Il a intérêt à ce que ce créancier de la préférence ne soit pas remplacé par plusieurs car ceux-ci vont devenir ses débiteurs. On pourrait dire qu'un moyen indirect s'offre à lui de ne pas contracter en trouvant insuffisantes les offres des tiers. Mais il peut être obligé de contracter et avoir de justes motifs de préférer un cocontractant unique à leur pluralité. L'indivisibilité ne peut nuire aux bénéficiaires car la préférence n'aurait plus d'avantages pour eux si on la divisait.

En résumé, dans l'un comme dans l'autre cas, l'obligation est indivisible. Mais quels en sont les effets ? Ce sont ceux de toute indivisibilité et ils ne sont pas modifiés par le caractère conditionnel du pacte de préférence. En cas de pluralité de débiteurs, il faut remarquer que, le pacte étant consenti à propos d'un bien déterminé, l'exécution de l'obligation ne pourra être demandée que contre celui qui sera en possession de la chose. Cela se produit quoique le pacte n'engendre aucun droit réel au profit du bénéficiaire de la promesse. Celui qui aura exécuté l'obligation aura un recours contre ses cohéritiers. La difficulté réside dans l'évaluation pécuniaire de cette restriction au droit de libre disposition du propriétaire et cette estimation dépend essentiellement des circonstances.

En cas de pluralité de créanciers, un quelconque des héritiers peut invoquer le bénéfice du pacte et contraindre le promettant à l'exécution. Celui qui en aura profité devra compte à ses cohéritiers du gain qu'il en aura

retiré. Mais la détermination de ce profit est d'autant plus difficile à faire que la préférence n'est accordée qu'à égalité d'avantages pour le promettant. Même si l'utilité du pacte est évidente pour le bénéficiaire, comme dans le cas d'une préférence en vue d'une location d'immeubles se réalisant pour quelqu'un qui cherche un appartement, l'estimation pécuniaire de cette utilité reste toujours assez arbitraire. Cette difficulté sera surtout gênante pour le partage si la condition qui suspend l'exécution du pacte ne s'est pas encore réalisée. On peut la résoudre de deux façons : soit en fixant arbitrairement la valeur du droit, soit en le mettant dans le lot d'un héritier en convenant que celui-ci partagera avec les autres le profit qu'il en retirera. Si l'on adopte cette seconde solution qui peut être plus avantageuse, mais aussi devenir la source de grandes difficultés, il sera prudent de déterminer avec précision les bases d'évaluation du profit obtenu par l'héritier investi du droit. D'ailleurs, dans bien des cas, la question ne se présentera pas. Car, en prévision des complications que la transmission entraîne, les parties auront stipulé l'intransmissibilité active et passive de la préférence.

Section III. — Effets de la transmission.

Si l'indivisibilité modifie un des effets de la transmission par décès du pacte, les autres subsistent. Le pacte de préférence, en raison de sa nature conditionnelle et de l'effet déclaratif du partage, pose un certain nombre de problèmes particuliers. En outre, il n'est

pas inutile de dire quelques mots des effets de la cession entre vifs.

Dans les transmissions par décès qui ont lieu du côté du bénéficiaire, il n'y a rien à ajouter à ce qui en a été dit à propos de l'indivisibilité. Celles, par contre, qui se font du côté du promettant nécessitent des explications particulières. En effet, un partage va intervenir et, soit pour le faciliter, soit qu'il y ait des mineurs, l'immeuble, objet du droit de préférence, est mis en adjudication. Il peut se faire que l'un des cohéritiers devienne ainsi propriétaire de cet immeuble. Quels seront alors les droits du bénéficiaire de la préférence ? A cet égard s'impose immédiatement la nécessité de faire une distinction très nette entre les successions qui comprennent des mineurs et celles qui n'en comprennent pas. En raison du plan suivi jusqu'ici, le cas des successions comprenant des mineurs doit être réservé pour un examen ultérieur. Seul, le cas des successions où il n'y en a pas sera envisagé ici.

Il s'agit donc de savoir si la licitation, qui est une opération du partage, constitue la réalisation de la condition à laquelle est subordonnée l'exécution du pacte de préférence. Dans la négative, l'héritier devenu propriétaire du bien et tenu des obligations du défunt devrait exécuter le pacte de préférence seulement quand il se disposerait à aliéner l'immeuble ou à faire de lui l'objet d'un contrat prévu par le pacte. Or, en vertu de l'article 883 Code civil et de la doctrine, la licitation est considérée comme un partage si l'adjudicataire est un des héritiers. Celui-ci, en vertu de l'effet déclaratif du partage, est censé tenir son bien directement du défunt. En conséquence, le bénéficiaire ne peut invoquer le

pacte pour être mis immédiatement en possession de l'immeuble, à charge par lui de remplir les mêmes obligations que le cohéritier adjudicataire. Le partage ne rentre pas dans les opérations prévues par le pacte.

Mais que se passerait-il si, par l'effet de l'adjudication, un étranger au partage devenait propriétaire de l'immeuble ? Dans ce cas, la licitation est réellement une vente. Si la vente fait partie des contrats prévus par le pacte de préférence, il semble que le bénéficiaire pourra l'invoquer. Dans quelle mesure ? Si les héritiers, même majeurs, sont tenus de suivre les formes du partage en justice, la solution sera la même que s'il y avait des mineurs. Dans les cas où les formes du partage judiciaire ne s'imposent pas aux héritiers, la condition qui suspendait l'exécution est accomplie par la mise en vente de l'immeuble et le bénéficiaire peut, à notre avis, faire insérer un dire lui accordant le droit de prendre la place de l'adjudicataire, si ce dernier n'est pas un des cohéritiers. En effet, la volonté des héritiers du promettant ne peut seule priver le bénéficiaire de son droit. Quoique cette clause risque d'écarter les amateurs, les héritiers du promettant doivent la subir, car la loi ne les obligeait pas à faire vendre aux enchères l'immeuble soumis au pacte de préférence.

Ainsi, l'obligation née du pacte de préférence revêt un caractère particulièrement fragile en cas de décès du promettant, alors que la nécessité de la vente fait naître presque forcément le droit du bénéficiaire.

En cas de cessions entre vifs, il y a peu de particularités. En vertu du droit commun, la cession par le bénéficiaire ne devient opposable aux tiers que par la signification qui en est faite au promettant, ou l'accep-

tation de ce dernier dans un acte authentique. Quant à la cession de son obligation par le promettant, elle n'aura pratiquement lieu que dans le cas où le promettant transmet le bien, sans que cette transmission soit opérée par un des contrats prévus au pacte, par exemple en cas de donation de l'immeuble. En vertu des principes généraux, le créancier devra consentir à ce changement de débiteur. Mais, il le fera sans difficulté car, si ce changement de débiteur ne s'opère pas, son droit, déjà si fragile, s'évanouira complètement. L'ayant cause à titre particulier n'est pas tenu des obligations personnelles de son auteur et, par hypothèse, le contrat de transmission du bien ne donnait pas ouverture au pacte. Si, au contraire, il s'agissait d'un contrat donnant ouverture au pacte, il y aurait lieu d'appliquer les principes posés à propos de la sanction du pacte.

De l'étude des divers points qui constituent ce titre, il ressort que le pacte de préférence, quoique d'un emploi assez fréquent, n'est pas pourvu de sanctions vraiment efficaces. Ce caractère et surtout la condition qui l'affecte le rapprochent beaucoup des engagements mondains, quoiqu'il engendre une véritable obligation civile. Il est extrêmement facile de l'éluder, notamment par l'aliénation, ostensiblement à titre gratuit, mais secrètement à titre onéreux, de l'immeuble objet de préférence.

TITRE III

EXTINCTION DE L'OBLIGATION

Le pacte de préférence peut s'éteindre par les divers modes en usage pour les obligations. Mais, avant de les passer successivement en revue et de dire un mot de chacun d'eux, notons que les plus importants sont l'impossibilité d'exécution et l'arrivée du terme convenu. En effet, afin d'éviter le plus souvent possible les difficultés auxquelles donnent lieu son exécution en cas de décès du promettant ou du bénéficiaire, les parties en limitent la durée à un nombre d'années assez court. Parfois elles s'entendent pour en empêcher la transmission, tant active que passive.

La plupart des modes d'extinction ne demandent pas de longues explications car leur fonctionnement soulève peu de difficultés particulières au pacte. Un tel examen cependant est tout à fait nécessaire pour que l'étude de cette convention soit complète. D'ailleurs les rapprochements pleins d'intérêt que cet examen entraîne permettent d'en mieux délimiter le domaine et l'utilité. Le premier mode d'extinction qui se présente, le seul du reste qui ait donné lieu jusqu'à présent à des décisions de jurisprudence très récentes, est l'impossibilité d'exécution.

CHAPITRE PREMIER

IMPOSSIBILITE D'EXECUTION

L'impossibilité de satisfaire à l'obligation née du pacte soulève des questions très importantes dont quelques-unes donnent lieu à de vives controverses. Avant de les aborder, il convient d'indiquer les causes de cette impossibilité, ce sont les incapacités survenues chez les parties ou leurs ayants cause postérieurement au pacte et la perte de la chose due. Cette dernière peut d'ailleurs se présenter soit sous forme de destruction matérielle, soit sous forme de disparition juridique par aliénation ou indisponibilité temporaire non frauduleuse. Chacun de ces motifs d'impossibilité se verra consacrer une section, mais les développements auxquels ils donneront lieu seront d'inégale importance. La jurisprudence, en effet, a eu surtout à s'occuper de l'incapacité survenue chez les ayants cause du promettant et les décisions à ce sujet sont toutes récentes.

Section I. — Incapacités survenues chez les parties ou leurs ayants cause.

La question qu'il nous faut maintenant examiner n'est qu'un aspect particulier d'un problème plus géné-

ral : celui de savoir quels effets la survenne d'une incapacité chez les parties ou leurs ayants cause produit sur un contrat antérieurement conclu. Les principes généraux qui dominent la matière inspireront les solutions indiquées plus loin. Pour en faire aisément l'application, il convient d'avoir sans cesse présente à l'esprit l'idée que le pacte de préférence est une promesse conditionnelle de contrat. Cette notion domine tout l'exposé qui va suivre et qui se divisera en deux parties : effet des incapacités survenues du côté du bénéficiaire, effet des incapacités survenues du côté du promettant ; nous noterons au passage les divergences qui se manifestent entre la doctrine et la jurisprudence.

§ 1. *Effets de l'incapacité ultérieure du bénéficiaire.*

L'incapacité qui survient chez le bénéficiaire ou ses ayants cause ne peut atteindre que les contrats prévus par le pacte de préférence. C'est au moment où s'accomplit la condition à laquelle est subordonnée le pacte de préférence que l'effet de l'incapacité survenue se fait sentir. L'acceptation par le bénéficiaire devenu incapable, ou par ses héritiers devenus tels, devra se faire selon les conditions de fond et dans les formes prescrites, pour le contrat envisagé, par les règles de l'incapacité qui le frappe. S'il s'agit d'un mineur non émancipé ou d'un interdit, le tuteur agira avec l'autorisation du conseil de famille et, suivant le contrat à passer, avec l'autorisation du tribunal. Si le mineur est émancipé, il agira avec l'assistance de son curateur ou, pour les actes les plus graves, en suivant les formes prescrites au mi-

neur non émancipé. Cependant, en fait, le pacte de préférence étant le plus souvent consenti en vue de la vente, le mineur émancipé pourra seul et sans l'assistance de son curateur accepter l'offre que lui ferait le promettant en exécution du pacte. Car la jurisprudence autorise les achats d'immeubles sous prétexte que l'article 484 C. civ. déclare simplement réductibles les obligations contractées par voie d'achat par le mineur émancipé. Le prodigue et le faible d'esprit passeront le contrat prévu seuls ou avec l'assistance de leur conseil, selon la nature de ce contrat. Car la jurisprudence leur appliquant par analogie l'article 484, C. civ. en tire la même conséquence.

S'il s'agit d'une femme mariée depuis le pacte, elle donnera son consentement avec l'assistance de son mari. De plus, il faut noter que si le contrat projeté est une vente et que son époux soit le promettant ou un ayant cause à titre universel de celui-ci, la vente sera impossible. Car l'article 1595 C. civil interdit la vente entre époux, sauf dans trois cas qui sont ceux où le pacte de préférence ne fonctionnerait pas. L'exécution du pacte serait absolument impossible et l'obligation se trouverait éteinte. L'obstacle qui s'oppose à l'exécution provient de la loi. D'ailleurs, il est fort peu probable qu'une telle situation se produise, sauf le cas où le bénéficiaire et le promettant sont tous deux des ayants cause des contractants primitifs.

D'ailleurs, l'époux bénéficiaire ne perd pas grand'chose. Car, pour obtenir un tel pacte qui offre bien peu d'avantages pécuniaires, il n'a sûrement pas eu à fournir une prestation bien importante. Il pourrait l'utiliser dans les trois cas de l'article 1595 si la dation en paie-

ment rentre dans les contrats qui entraînent l'accomplissement de la condition prévue au pacte.

§ 2. *Effets de l'incapacité ultérieure du promettant.*

La survenance d'une incapacité est beaucoup plus importante si elle se produit chez le promettant ou ses ayants cause que si elle a lieu chez le bénéficiaire. En effet le pacte n'est qu'une promesse conditionnelle de contrat : ce n'est pas une offre de contracter. Le promettant n'est pas tenu, dès que le bénéficiaire manifeste l'intention de profiter du pacte, de passer le ou l'un des contrats prévus dans la clause. L'obligation de passer le contrat ne naît, pour le promettant, qu'à partir du moment où il notifie, en l'acceptant, l'offre faite par un tiers. Par conséquent, c'est, en principe, à ce moment-là qu'il faut se placer pour apprécier la capacité du promettant ou de ses ayants cause. Par suite, toutes les incapacités, survenues au promettant ou à ses ayants cause entre la conclusion du pacte et la notification de l'offre par le promettant, produiront leurs effets légaux. Car, ici, le contrat offert par le promettant, est un contrat nouveau qui n'est pas la réalisation d'un contrat régulier fait antérieurement par une personne capable. Le promettant ne s'est, en effet, nullement engagé à passer acte si le bénéficiaire manifeste sa volonté de conclure; un accord nouveau des deux volontés est nécessaire et il faut que chacun émette la sienne dans les formes qui la rendent valable.

Si l'incapacité ou la mort du promettant surviennent pendant le délai d'acceptation de l'offre, celle-ci devient

caduque. Il faudra appliquer les nouvelles règles résultant de l'incapacité du promettant ou de ses ayants cause.

Mais il peut se faire que l'incapacité ou la mort du promettant se produisent après la notification de l'acceptation de l'offre et avant la rédaction du contrat. En principe, les deux parties sont liées, sans que celle qui est devenue incapable soit tenue de faire de nouvelles offres, selon les règles à elle désormais applicables. Mais ce qui importe le plus, c'est de savoir si le contrat devra être fait dans les formes imposées aux incapables. La question ne présente d'intérêt que pour les incapables obligés de vendre aux enchères. Jusqu'ici, en fait, la jurisprudence n'a pas eu à la trancher. Malgré le désir de donner satisfaction aux bénéficiaires du pacte, les principes semblent imposer l'observation des formalités prescrites pour les ventes de biens de mineurs. Cependant, à notre avis, cette solution ne doit pas être adoptée car la passation du contrat n'est que la réalisation d'un accord consenti par des personnes pleinement capables. Le contrat de vente devrait être passé sans vente aux enchères et en dehors de toute formalité spéciale aux incapables, aux conditions fixées par l'offre du promettant et acceptées par le bénéficiaire. Une solution identique est soutenue pour les promesses de vente consenties par l'auteur des mineurs dans Laurent² et dans un article anonyme du *Journal des Notaires*².

Mais il convient maintenant de se placer dans l'hypothèse fréquente : celle où l'incapacité survient avant l'acceptation de l'offre par le bénéficiaire. Certaines inca-

1. Laurent, *op. cit.*, t. V, n° 90.

2. *Journal des Notaires*, année 1881, article 22.433, p. 65 et suiv.

pacités ne soulèvent alors aucune difficulté : ce sont celles qui n'imposent pas à l'incapable de vendre aux enchères les immeubles qu'il possède. La seule de ce genre est celle de la femme mariée et, dans ce cas, il n'y a aucune impossibilité d'exécuter le pacte. Il suffira que la femme soit autorisée de son mari ou par la justice, à moins que le promettant ne soit son époux. Dans ce cas, il y a impossibilité d'exécution tant que dure le mariage. Cette impossibilité n'étant que temporaire, l'obligation renaîtra après la dissolution du mariage si d'autres causes ne l'ont pas éteinte.

§ 3. *Effets de l'incapacité spéciale de vendre à l'amiable.*

Au contraire, malheureusement pour le bénéficiaire, les incapacités qui imposent la vente aux enchères du bien sont nombreuses : ce sont la minorité, l'interdiction, la dation d'un conseil judiciaire. En outre, certains faits peuvent y contraindre légalement le promettant ; ce sont l'absence de certains héritiers ou le désaccord entre eux. L'obligation de vendre aux enchères pourrait résulter aussi de clauses d'un testament léguant l'immeuble soumis à la préemption à un héritier par ailleurs pleinement capable. Dans ce cas, il y a d'abord lieu de se demander si ce mode d'aliénation donne naissance à la préférence. La réponse est fournie par les principes déjà exposés sur la détermination de l'objet du pacte.

Si la vente aux enchères fait naître le droit du bénéficiaire, on se trouve en présence d'une vente aux enchères volontaire, puisqu'elle résulte de la seule volonté du promettant et non de la loi. Il est alors évident que le béné-

ficiaire pourra faire insérer au cahier des charges un dire réservant son droit et s'en prévaloir à l'encontre de l'adjudicataire.

Si, au contraire, la vente aux enchères ne donne pas ouverture à la préférence, une distinction s'impose, suivant que le testateur a eu ou non un motif valable d'imposer cette forme de vente. S'il démontre l'absence de raisons sérieuses à ce procédé, le bénéficiaire sera autorisé par une clause du cahier des charges à se prévaloir de son droit à l'encontre de l'adjudicataire. Ce n'est que l'application pure et simple des principes généraux sur l'impossibilité d'exécution résultant d'une faute du débiteur. Par contre, en cas de réelle utilité de cette mesure, la volonté du testateur serait respectée et le bénéficiaire n'aurait rien à réclamer, puisque la naissance de son droit aurait été formellement exclue dans ce cas par les parties. Toutes les solutions indiquées ci-dessus doivent d'ailleurs être étendues à toutes les hypothèses, où, en dehors d'une obligation légale, le promettant vend son bien aux enchères.

Après avoir examiné les points qui ne présentaient aucune difficulté sérieuse, une question capitale se pose, qui soulève une très ardente controverse. L'obligation légalement imposée de vendre aux enchères le bien, objet du pacte de préférence, empêche-t-elle l'exécution de ce pacte et, par conséquent, éteint-elle sans compensation celle résultant du pacte ? Avant de commencer la discussion, il faut mettre à part le cas où la licitation est obligatoire, en raison du désaccord des héritiers. Ce désaccord peut être feint ou avoir été intentionnellement provoqué par un héritier voulant empêcher le bénéficiaire d'exercer son droit. La solution sur ce point sera indiquée après celle de la question générale.

Deux espèces ont donné lieu à des solutions de jurisprudence et toutes deux ont provoqué un arrêt de la Cour de cassation. Toutes deux concernent l'exécution du pacte par des mineurs héritiers du promettant. Cependant, il faut noter que, dans le cas soumis à la Cour de Nancy¹, le pacte avait été consenti par deux époux dont l'un est encore vivant au moment où se présente l'exécution. Au contraire, dans l'affaire soumise à la Cour de Lyon², il n'y avait qu'un seul promettant qui était mort, laissant des héritiers mineurs. La même question fondamentale se posait donc dans les deux cas : le pacte de préférence peut-il encore jouer quand la vente des biens soumis doit être faite judiciairement ? Cependant, les conclusions étaient nettement différentes. La Cour de Lyon devait décider si le bénéficiaire avait le droit de faire insérer au cahier des charges de l'adjudication un dire réservant son droit. La Cour de Nancy devait dire si le bénéficiaire, en acceptant les offres faites par un tiers et notifiées par les débiteurs de la préférence, avait exercé son droit et était devenu propriétaire des parts indivises des héritiers majeurs dans le bien soumis à préférence et prétendues valablement offertes. Nous allons étudier successivement les deux espèces en commençant par celle soumise à la Cour de Lyon.

M. Lehmann avait obtenu de M. Thoinet un droit à la préférence sur un immeuble que celui-ci possédait. M. Thoinet meurt, laissant des héritiers mineurs. Afin d'arriver au partage, l'immeuble doit être li-

1. C. de Nancy, 31 octobre 1928, D. P. 1929.II.167, note de M. H. Lalou.

2. C. de Lyon, 22 novembre 1927, D. P. 1928.II.151, note de M. H. Lalou; S. 1928.II.76, note.

cité et M. Lehmann intervient alors pour faire insérer un dire réservant son droit. Le tribunal de Lyon, par jugement du 3 juin 1926, repousse sa demande et déclare que le droit de préférence est totalement éteint par suite de la nécessité légale de liciter l'immeuble. Sur appel, la Cour de Lyon rejette également la prétention de faire insérer un dire mais admet que le droit de préférence revivra au cas où l'adjudication serait prononcée au profit d'un cohéritier. Quels sont les motifs invoqués par la Cour pour justifier une telle décision ? Elle déclare que « l'exécution d'un pacte de préférence grevant une succession ne peut être efficacement demandée à des héritiers mineurs *obligés par la loi et par la force des choses* de liciter les immeubles héréditaires; que, toutefois, cette règle, relative à l'extinction de l'obligation par suite de l'impossibilité d'exécution, doit être juridiquement restreinte au cas où l'adjudication est prononcée au profit d'un tiers étranger à la succession; que le droit de Lehmann subsiste dans tous ses effets au regard des membres de l'hoirie déclarés adjudicataires et tenus, comme continueurs de la personne du défunt, d'une obligation parfaitement exécutable dans les conditions originaires stipulées ». La Cour dit bien que l'exécution du pacte est impossible à cause de l'obligation de vendre aux enchères, mais elle n'explique pas comment ce résultat se produit. De plus, si l'effet déclaratif du partage, invoqué par la Cour, a pour conséquence de laisser subsister l'obligation à la charge de l'héritier adjudicataire, celui-ci n'est tenu de transmettre le bien au bénéficiaire que lorsque lui-même voudra s'en défaire. Ce sont les offres des tiers à ce moment-là qui détermineront les conditions de la vente, mais non le prix fixé par l'adjudication.

Cette décision de la Cour de Lyon a été l'objet, dans la doctrine, de commentaires variés. Les uns, comme l'annotateur du Sirey¹ et celui de la *Revue Trimestrielle de Droit civil*², l'approuvent, non parfois sans quelque réserve. Au contraire, M. H. Lalou, dans une note très substantielle au Dalloz sous l'arrêt rapporté, et M. F. Lemaitre³, après un examen rapide, critiquent vigoureusement la doctrine et les solutions des magistrats lyonnais. Que faut-il penser de ces diverses opinions? Analysons brièvement les arguments développés à l'appui de chacune des thèses en présence.

Pour les commentateurs favorables à l'arrêt, admettre la prétention du bénéficiaire du pacte eût été modifier les effets de l'adjudication. Ceux-ci sont en effet réglés par l'article 705 C. proc. civile. Le dernier enchérisseur doit être déclaré seul adjudicataire et son droit est ferme et opposable à tous, sous réserve de la possibilité d'une surenchère. Or, si le bénéficiaire pouvait user de son droit, il évincerait l'adjudicataire sans avoir couvert l'enchère de celui-ci. C'est la loi qui impose aux héritiers de vendre dans les formes qui ne permettent pas de respecter le droit du bénéficiaire. De plus, il est tout naturel d'admettre que l'adjudication au profit d'un cohéritier n'empêche pas de satisfaire à l'obligation. En effet, le cohéritier est le continuateur du défunt et il est tenu d'exécuter les obligations de celui-ci. D'ailleurs, la note de la *Revue Trimestrielle de Droit civil* admet, très logiquement, que le bénéficiaire de la préférence pour-

1. S. 1928.II.76.

2. *Revue trimestrielle de Droit civil*, année 1928, notes de jurisprudence, p. 676.

3. F. Lemaitre, Le pacte de préférence, *Journal des Notaires et des Avocats*, 1931, n° 36.665.

rait s'opposer à la licitation, si l'on ne se trouve pas dans l'un des cas où cette licitation est nécessaire, selon l'article 827 C. civil. De plus, la licitation au profit d'un cohéritier devrait être regardée comme une vente à l'égard du bénéficiaire du pacte, à cause de la portée relative de l'article 883 C. civil.

Mais de vives critiques ont été émises contre cet arrêt par M. H. Lalou dans sa note au Dalloz. D'après cet auteur, deux griefs fondamentaux doivent être formulés contre cet arrêt : il méconnaît tout d'abord la nature du pacte de préférence et l'obligation des héritiers aux dettes de leur auteur, ensuite l'application qu'il fait de l'effet déclaratif du partage est erronée et aboutit à des résultats contraires à l'intention véritable des parties.

Les arguments de M. H. Lalou peuvent se résumer ainsi. Le pacte de préférence est une promesse unilatérale de vente sous condition suspensive. La Cour, au contraire, semble implicitement dire qu'une promesse de vente, consentie par un majeur pleinement capable, ne pourrait être exécutée par ses héritiers mineurs. Cette solution est critiquable. Car la règle des articles 459 et 460 C. civil suppose que les mineurs sont réellement vendeurs. Or, dans la promesse de vente, ils ne le sont pas et n'exécutent qu'un engagement de leur auteur. Le fait de la mort du souscripteur du pacte ne peut engendrer sa caducité. Aucun texte ne l'édicte et l'*intuitus personae*, motif de l'extinction, par la mort des parties, des contrats où il figure, n'existe pas, tout au moins du côté passif. Dans le cas d'un bail supérieur à neuf ans, par exemple, consenti par l'auteur des mineurs, ceux-ci doivent le respecter et ce respect s'impose aux adjudicataires. Pourquoi, seul le bénéficiaire du pacte ne pour-

rait-il faire mentionner son droit pour le rendre opposable au tiers adjudicataire ?

Ayant ainsi porté à la connaissance des tiers le droit qu'il possède, le bénéficiaire pourra poursuivre l'exécution effective contre le tiers acquéreur. Celui-ci, quoique successeur particulier, est tenu d'y satisfaire. Car il y a là une cession passive d'obligation qui n'a rien d'anormal. De plus, en dehors de toute cession passive, l'exécution peut être réclamée contre le tiers de mauvaise foi et, à plus forte raison, contre celui à qui une clause du cahier des charges en impose l'exécution. Cette clause constitue une stipulation pour autrui parfaitement valable.

Mais ce qui semble digne de réprobation, suivant M. H. Lalou, c'est le maintien du pacte quand l'adjudicataire est un héritier. C'est, dit la Cour, la conséquence de l'effet déclaratif du partage. Cet effet ne peut véritablement pas s'appliquer à un droit consenti, avant l'indivision, par l'auteur des copartageants. Ce serait faire produire au principe de l'article 883 une conséquence inattendue que d'en faire découler le maintien d'un tel droit. Logiquement, l'effet déclaratif du partage ne peut aboutir qu'à la conséquence suivante : la licitation au profit d'un étranger, étant une vente, ouvrirait immédiatement le droit du bénéficiaire, alors que celle au profit d'un co-héritier, étant un partage, ne ferait pas naître ce droit. C'est la solution absolument contraire qu'adopte la Cour. L'effet déclaratif étant une fiction doit être interprété restrictivement et on ne peut le faire jouer dans les rapports d'un co-partageant avec les ayants cause du défunt. Il apparaît de plus que l'adjudication au profit d'un étranger éteint la dette de l'hérédité, alors que cette transmission de propriété

devrait la faire naître. On aboutit à un effet rétroactif à rebours, puisque l'extinction des droits réels, consentis pendant l'indivision, ne se produit que si l'adjudicataire est un héritier.

En conséquence, le pacte de préférence consenti par le défunt lie ses héritiers, quel que soit le résultat de la licitation, à cause de l'obligation de ceux-ci aux dettes de leur auteur.

Si l'immeuble est adjugé à un tiers, le bénéficiaire pourra réclamer des dommages-intérêts aux héritiers.

Si l'immeuble est adjugé à un co-héritier, celui-ci sera tenu d'exécuter le pacte de préférence, dans le cas où il vendra.

Dans son article du *Journal des Notaires*, déjà cité, M. F. Lemaître exprime une opinion analogue. Le pacte de préférence ne créant aucun droit réel au profit du bénéficiaire, c'est aux ayants cause du promettant et non au tiers détenteur en cette seule qualité que l'exécution peut être réclamée.

De plus, la vente aux enchères ne fait que compliquer légèrement le mécanisme de la préemption sans en rendre l'exercice impossible. En effet, les enchères ne sont qu'un procédé différent pour fixer le prix du bien vendu, et la loi, dans le but d'en faire obtenir la plus haute valeur, tient pour nul tout autre moyen d'estimation des biens d'un incapable. Elle ne s'oppose nullement à ce que, si une personne autre que le dernier enchérisseur offre le même prix que ce dernier, cette personne soit préférée à l'adjudicataire en vertu d'une convention passée par un propriétaire pleinement capable. D'ailleurs, l'exercice de la préférence est très aisé à assurer : il suffit d'obliger l'adjudicataire à faire une dé-

claration de command en faveur du bénéficiaire, si celui-ci, dans l'heure ayant suivi l'adjudication, a déclaré se prévaloir du pacte. Cela nécessite l'insertion au cahier des charges d'un dire très clair en ce sens. Cette insertion ne pourrait, à son avis, être refusée car l'incapable est tenu, aussi bien qu'une personne capable, d'exécuter les obligations contractées par son auteur. Cependant, pour prévenir des difficultés provenant du pouvoir souverain des juges du fond pour l'interprétation de l'intention des parties, M. Lemaître conseille de prévoir expressément l'hypothèse de la vente aux enchères et d'en stipuler l'exécution de cette façon.

De cette discussion, que peut-on conclure ? Un premier point est incontestable : c'est que l'effet déclaratif du partage ne peut avoir aucune influence sur l'extinction d'une obligation souscrite par le défunt. Mais, à cause de la condition qui l'affecte, l'obligation ne naîtra que si la licitation vaut vente et non si elle vaut partage. De même, si le cohéritier adjudicataire veut revendre ensuite l'immeuble, il sera tenu d'exécuter l'obligation qui pèse sur lui. En second lieu, si les mineurs sont tenus de vendre dans les formes prescrites par la loi, il est seulement affirmé, et non démontré par la Cour, que la prétention du bénéficiaire ne peut être satisfaite sans méconnaître les termes et l'esprit de la loi. Ces formalités, en effet, ont surtout pour but de faire obtenir la plus haute valeur du bien vendu. La réserve du droit du bénéficiaire n'y fait pas obstacle puisque celui-ci devra payer le prix offert par la dernière enchère non couverte. L'article 705 C. proc. civ., qui déclare que « l'enchérisseur cesse d'être obligé si son enchère est couverte par un autre », ne fait obstacle, ni à ce qu'on

réserve à un tiers le droit de prendre la marché de l'adjudicataire, en payant le prix et les frais exposés par celui-ci, ni à ce que ce dernier fasse une déclaration de command en faveur du bénéficiaire du pacte. Par conséquent, le cahier des charges pourrait contenir de telles stipulations sans contrevenir à l'article 705 Proc. civile. Si l'on objecte que les formalités d'adjudication ayant pour but de faire atteindre aux biens leur plus haute valeur, la stipulation risque d'écarter les acquéreurs, la réponse est facile. En effet, si ce résultat se produit, ce ne sont ni les mineurs, ni leurs représentants, qui en sont les auteurs; c'est l'engagement pris par une personne pleinement maîtresse de ses droits qui l'entraîne. L'on ne peut attribuer au législateur l'intention de faire obtenir du bien la plus haute valeur possible au mépris d'une convention légalement formée, si celui-ci ne l'a pas exprimé en termes formels.

La Chambre des requêtes de la Cour de cassation, saisie d'un pourvoi contre cette décision, a rejeté le pourvoi et confirmé la solution de la Cour de Lyon par arrêt du 23 décembre 1930¹. Le demandeur au pourvoi alléguait, comme premier moyen, qu'il y avait violation des articles 1119, 1120, 1121, 1122, 1134, 1583, 1589, 1598 C. civil, et de la règle qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on en a soi-même. Le second moyen invoquait la violation de l'article 883 C. civ. La Cour ne s'est nullement inquiétée de rechercher si les juges d'appel avaient fait une application exacte et donné une interprétation satisfaisante des textes indiqués plus haut. Elle s'est bornée, pour esquiver la difficulté, à

1. Requêtes, 23 décembre 1930, D. H. 1931, p. 50.

dire que la Cour n'avait fait que tirer les conséquences de « son interprétation souveraine de l'acte litigieux ». Voici en quels termes s'exprime son opinion : « Attendu que l'arrêt attaqué déclare, par adoption des motifs du jugement de première instance, que, dans *l'intention commune des parties* à l'acte sous-seings privés, telle qu'elle s'induit, tant des termes dudit acte que du caractère de certaines de ses stipulations inconciliables avec les formes et les effets légaux d'une vente judiciaire, le pacte de préférence n'a été conclu que pour le cas d'une vente amiable dont le vendeur serait libre d'apprécier l'opportunité et de fixer le prix ». Quoique la manière d'éviter la discussion soit élégante et fort habile, il n'en faut pas moins remarquer que, si l'intention des parties peut expliquer l'exclusion de la préférence en cas de vente forcée, on ne voit pas comment elle fait renaître cette obligation quand l'adjudication est prononcée au profit d'un cohéritier. D'ailleurs, cet arrêt ne donne là qu'une solution d'espèce et l'on ne saurait en tirer argument pour découvrir l'opinion de la Cour de cassation sur ce point.

L'arrêt rendu par la Cour de Nancy¹ va montrer que la jurisprudence est partagée entre les deux opinions contraires. Un exposé rapide des faits est nécessaire pour permettre une comparaison sérieuse avec les décisions précédentes. Le 1^{er} septembre 1925, les époux Lécuyer empruntèrent diverses sommes aux consorts Vaxelaire à plusieurs conditions, parmi lesquelles se trouvait la suivante : « Lorsque M. et Mme Lécuyer auront l'intention de vendre, en tout ou partie, le fonds de commerce

1. C. de Nancy, 31 octobre 1928, D. P. 1929II.167, note H. Lalou.

de café-brasserie-restaurant qu'ils exploitent et font valoir à Nancy rue Saint-Jean connu sous le nom de « Brasserie Lorraine », ainsi que le fonds de commerce d'hôtel qu'ils seront tenus de créer dans partie des lieux loués... et qu'ils auront trouvé un amateur à cet effet, ils seront tenus d'en avertir MM. Vaxelaire par lettre recommandée, laquelle indiquera les noms des amateurs ainsi que le prix offert. A égalité de prix, ils devront donner à MM. Vaxelaire, qui se réservent la faculté d'accepter, la préférence, à tous autres acquéreurs, d'acheter le fonds de commerce. MM. Vaxelaire auront un délai d'un mois, à compter du jour de la réception de la lettre recommandée, pour faire connaître l'intention d'user de ce droit de préférence ». Le 19 août 1926, Mme Lecuyer mourut, laissant son mari commun en biens, un fils majeur et une fille mineure.

Par lettre du 26 juillet 1927, Lécuyer avertit Vaxelaire frères qu'il avait traité avec la Société des Coopérateurs de Lorraine pour la vente du fonds de commerce et de ses accessoires ainsi que de l'immeuble sis à Nancy rue Drouin, moyennant 3 millions, en ajoutant que les formalités judiciaires seraient remplies pour arriver à l'exécution de ces conventions et en les invitant à exercer leur droit de préférence jusqu'au 29 août 1927. Sur accusé de réception des Vaxelaire et leur demande de certaines précisions, Lécuyer répondit le 9 août à toutes les questions posées. Les Vaxelaire ayant déclaré vouloir exercer leur droit de préférence et y comprendre l'immeuble de la rue Drouin à la condition que le prix de 3 millions ne pourrait, en aucun cas, être majoré, Lécuyer repoussa les réserves faites et déclara que la cession serait faite en un lot unique comprenant l'immeuble.

Les Vaxelaire firent alors sommation de passer acte de vente du fonds de commerce et de ses accessoires pour 2.850.000 francs. Le tuteur *ad hoc* de la mineure, par acte du 10 octobre 1927, assigna Lécuyer père et fils en liquidation de la communauté et de la succession et dénonça la procédure aux frères Vaxelaire en assignation de jugement commun.

Par jugement du 27 février 1928, le Tribunal de Nancy décida qu'en faisant connaître à Vaxelaire le 26 juillet 1927 qu'ils avaient acquéreurs en la Société de l'Union des Coopérateurs de Lorraine du fonds de commerce de la Brasserie Lorraine et de l'immeuble de la rue Drouin moyennant 3 millions, Lécuyer père et fils se sont conformés au pacte de préférence des 1^{er} et 7 septembre 1925; que Vaxelaire frères, se déclarant prêts à passer acte de vente à ce prix, sont devenus propriétaires des parts indivises de Lécuyer père et fils sur le fonds de commerce et l'immeuble de la rue Drouin et que le jugement en vaut vente à un prix proportionné aux dites parts calculées sur le prix total de 3 millions. Enfin il condamne Lécuyer père et fils à indemniser les Vaxelaire, si le prix total est supérieur à 3 millions, de la partie du prix supérieur à cette somme.

Sur appel de Lécuyer père et fils, la Cour annule le jugement de première instance. Elle décide que la notification du 27 juillet 1927 n'a pas pu faire courir les délais d'exercice de la préférence. En outre, en exerçant ce droit dans le délai fixé, Vaxelaire frères n'ont pas acquis la part indivise des deux Lécuyer, le prix ne pouvant être définitivement fixé que par l'adjudication. Enfin le droit de préférence reste réservé aux Vaxelaire et « ne pourra s'exercer que sur le montant du prix, affé-

rent à la partie du prix concernant le fonds de commerce et ses accessoires, dans le délai d'un mois à partir de l'adjudication ». La Cour a donc tranché par là deux questions concernant l'exécution du pacte de préférence par les héritiers mineurs : d'abord, celle de savoir si la nécessité d'une vente judiciaire des biens empêche le pacte de se transformer en vente, par l'acceptation du bénéficiaire en vertu de l'art. 1589 C. civil, ensuite celle de savoir si le bénéficiaire du pacte pouvait faire valoir ses droits contre l'adjudicataire.

Sur la première question, la Cour déclare que la notification par Vaxelaire de son acceptation des conditions offertes par un tiers ne transformait pas le pacte de préférence en vente et ne transférait pas la propriété parce que « le prix reste indéterminé tant qu'il n'aura pas été définitivement fixé par une adjudication publique ». En effet, les règles concernant la vente des biens de mineurs rendent nul tout accord sur le prix, qui ne peut être fixé que par les enchères publiques. Sur la seconde question, la Cour déclare très nettement que le bénéficiaire pourra se prévaloir de son droit contre l'adjudicataire « attendu que le droit de préférence des Vaxelaire n'a pu s'exercer quant à présent,... mais que ce droit reste entier et que les intéressés pourront l'invoquer utilement à l'encontre de celui qui aura été déclaré adjudicataire et au prix du montant de l'adjudication ».

La Chambre des requêtes¹, saisie d'un pourvoi des Vaxelaire invoquant contre cet arrêt les articles 1582 et suivants, 1134 C. civ., l'a rejeté et confirmé ainsi la solution de la Cour de Nancy. Il suffit de mentionner

1. Requêtes, 6 janvier 1931, *Rec. Gaz. Pal.*, 1931.I. p. 471.

brèvement cet arrêt car il se contente de déclarer que les juges ne « dénaturent nullement le sens du pacte et de l'avis donné par Lécuyer aux consorts Vaxelaire de ses tractations avec un tiers » en leur refusant le droit d'exercer la préférence sur la part indivise des majeurs. La Cour de cassation n'avait pas besoin, pour adopter une telle solution, de se prononcer sur l'impossibilité d'exécution résultant de la minorité d'un des héritiers et elle ne l'a pas fait. Devant la jurisprudence cette question demeure donc sans réponse précise.

Parmi les commentaires inspirés par la décision d'appel, deux s'imposent plus particulièrement à notre attention : l'étude de M. Pierre Marin¹, et la note de M. Henri Lalou au Dalloz, sous l'arrêt rapporté. Ces deux auteurs, quoique admettant le bénéficiaire à exercer son droit en cas d'adjudication, ne justifient pas cette solution par les mêmes arguments.

Pour M. Marin, permettre aux bénéficiaires de faire valoir leur droit dans le mois qui suivra l'adjudication paraît modifier le contrat survenu entre les parties. Normalement, le promettant s'est engagé à aviser le bénéficiaire des offres reçues et qu'il est disposé à accepter. Le pacte étant ignoré du tiers ne peut nuire à la vente de l'immeuble. Au contraire, il est possible qu'un amateur se désintéresse de l'adjudication, s'il sait que le bénéficiaire peut l'évincer sans surenchère.

Par cette solution, les effets du pacte sont transformés ainsi que ceux de l'adjudication. Le pacte devient opposable aux tiers dans des conditions telles que c'est le

1. P. Marin, Effets d'un pacte de préférence au cas de décès du promettant laissant des héritiers mineurs, *Journal du Notariat*, 10 juillet 1929, p. 409 et s.

tiers qui est obligé. De plus, les effets de l'adjudication sont modifiés, puisque le droit d'un adjudicataire peut être anéanti sans surenchère. Le formalisme des ventes de biens de mineurs empêche, à son avis, de considérer comme régulière une adjudication prononcée dans de telles conditions.

Cependant il considère qu'il y a un moyen de résoudre la difficulté. Le pacte de préférence ayant pour résultat d'instituer une sorte de mise aux enchères amiable de l'objet visé par lui, la vente aux enchères publiques lui semble se rapprocher beaucoup de l'exécution normale de l'obligation du promettant. Pour assurer le respect des droits de toutes les parties, il propose de faire inviter par le tuteur le bénéficiaire à l'adjudication et d'insérer au cahier des charges une clause stipulant qu'à égalité d'enchère, le bénéficiaire sera déclaré adjudicataire. Cette solution lui paraît préférable à celle de la Cour de Nancy ; car elle ne risque pas autant d'écarter les acquéreurs. Elle place le bénéficiaire dans les mêmes conditions que les amateurs éventuels, au lieu de lui laisser un délai plus long pour se prononcer.

M. H. Lalou, dont la note est postérieure à l'étude de M. Marin, approuve l'arrêt de maintenir le pacte de préférence, malgré l'obligation pour les héritiers mineurs de procéder à la licitation du bien objet du pacte. Il estime parfaitement valable la clause du cahier des charges faisant connaître le pacte et imposant à l'adjudicataire l'obligation de rétrocéder au bénéficiaire, si celui-ci le demande. Car, dans la licitation des biens de mineurs, beaucoup d'autres clauses plus graves sont admises : respect des baux de plus de neuf ans, consentis par le tuteur pendant l'indivision, etc. Cependant

cette clause a l'inconvénient d'engendrer une double mutation de propriété. L'insertion d'une condition résolutoire dans la clause produit bien les effets civils, mais, comme elle n'a aucun effet au point de vue fiscal, on court le risque d'éloigner les amateurs qui, évincés par le bénéficiaire, seraient tenus de payer le droit de mutation sur le prix d'adjudication et les frais.

La procédure indiquée par M. Marin ne présente pas cet inconvénient mais elle se heurte à la règle qu'un adjudicataire ne peut être évincé que par une enchère plus forte, en vertu de l'article 705 proc. civ. applicable aux ventes de biens de mineurs selon l'article 964 c. proc. civ. On peut d'ailleurs soutenir, selon cet auteur, qu'une clause du cahier des charges pourrait y déroger, car aucun texte n'édicte son observation à peine de nullité. La doctrine admet que la nullité ne sanctionne l'inobservation des formalités qu'en cas d'irrégularités graves, de nature à compromettre les intérêts des mineurs. L'on ne peut affirmer que la stipulation susvisée soit susceptible d'écarter les enchérisseurs. Au contraire, grâce à elle seule, peut être assurée l'exécution d'une obligation qui pèse sur les mineurs. En définitive, aucune objection sérieuse ne peut être élevée contre une telle solution qui sauvegarde scrupuleusement les droits de tous les intéressés.

A ces deux opinions sur l'arrêt de Nancy, il convient d'ajouter celle de M. Lemaître dans l'article précité. M. Lemaître approuve la Cour de Nancy de maintenir le droit du bénéficiaire, mais signale l'inconvénient fiscal du procédé employé : l'adjudicataire est tenu de payer les droits d'enregistrement sur l'adjudication et le bénéficiaire devra à son tour les acquitter en raison de la mu-

tation faite ensuite à son profit. Cela risque d'écarter les acquéreurs ou de nuire au titulaire de la préférence; c'est pourquoi il préconise l'emploi de la déclaration de command.

Maintenant, il convient de dégager les solutions suggérées par l'étude de cette espèce. La nécessité de la vente aux enchères fait obstacle à ce que l'acceptation par le bénéficiaire des offres d'un tiers, agréées par le promettant, opère la vente parfaite et définitive du bien désigné au pacte. Mais elle ne rend pas le pacte caduc et ne délie pas, par l'impossibilité d'y satisfaire, les héritiers de l'obligation consentie par leur auteur. Le pacte de préférence doit donc être maintenu et une clause du cahier des charges en imposera le respect à l'adjudicataire, soit qu'à égalité d'enchère le bénéficiaire soit préféré, soit que, dans le délai fixé pour l'acceptation des offres, ou pour la déclaration de command, le bénéficiaire puisse se substituer à l'adjudicataire et devenir acquéreur du bien mis en vente. De telles solutions, loin de méconnaître la nature véritable et les effets de la convention de préférence, en assurent, au contraire, le fonctionnement régulier, conformément aux principes fondamentaux du Code civil.

M. Hamel¹, après avoir exposé les solutions des arrêts de Lyon et de Nancy, tous deux confirmés par la Chambre des requêtes, essaie d'en tirer une théorie générale. Appliquant la distinction de la Cour de Lyon entre l'adjudication-vente et l'adjudication-partage, il estime que, dans ce dernier cas, l'exécution ne sera valablement demandée qu'à un héritier majeur ou devenu

1. Planiol et Ripert, *Traité pratique de Droit civil*, t. X. Vente et Louage, n^{os} 174, 184, 185.

tel proclamé adjudicataire et se décidant plus tard à vendre le bien. Au contraire, si l'adjudication est prononcée au profit d'un tiers, elle constitue une vente et, pour l'exécution du pacte, il faut se demander si le tiers est ou non de bonne foi. S'il est de bonne foi, le bénéficiaire n'aura qu'un recours en dommages-intérêts contre les héritiers. Mais la Cour de Lyon n'est nullement de cet avis, puisque l'exécution est, selon, elle, légalement impossible pour les mineurs. La conséquence logique de ce système, qui ferait retomber l'indemnité sur les seuls majeurs, en démontre l'injustice et l'erreur. Si le tiers est de mauvaise foi, le droit du bénéficiaire pourra être exercé, comme l'a décidé la Cour de Nancy. Mais celle-ci ne fait pas cette distinction et avec raison. En effet, la mauvaise foi sera très rarement démontrée si aucune clause du cahier des charges ne mentionne le droit de préférence. La Cour de Lyon a refusé d'autoriser cette mention et l'auteur en question n'indique pas son avis sur ce point, capital cependant pour la pratique.

Du rapprochement des décisions judiciaires intervenues dans les espèces ci-dessus analysées, il résulte que les tribunaux sont loin d'être d'accord sur les principes à appliquer. Les uns refusent l'exécution du pacte sous prétexte d'impossibilité juridique et la Cour de Cassation confirme la décision, semblant ainsi donner la prédominance à cette conception. D'autres, au contraire, conservent au bénéficiaire l'exercice de son droit dans un certain délai après l'adjudication, en déclarant que rien ne s'y oppose. D'ailleurs, on ne peut invoquer l'arrêt de la Chambre des requêtes du 23 décembre 1930, seul à se prononcer véritablement sur la question, pour donner la prédominance à l'opinion qui s'oppose à l'exé-

cution car cet arrêt rejette le pourvoi, en déclarant que l'interprétation souveraine de la clause par les juges du fond suffisait à motiver leur décision. Cependant, on peut remarquer, que tous les pactes de préférence en vue de vente pourraient s'interpréter comme conclus seulement pour le cas d'une vente amiable, puisqu'il est question de trouver un amateur et de notifier ses nom et qualités ainsi que le prix. Une telle manière de voir serait la plupart du temps contraire à l'intention des parties. En effet, si la préférence est accordée, c'est pour que le bénéficiaire puisse en user à la première aliénation à titre onéreux du bien visé. De plus, on peut relever que, dans l'appréciation de l'intention des parties, l'attitude des ayants cause du promettant devant la demande d'exécution influence la décision. Il est singulier que la mauvaise volonté des héritiers puisse leur servir de moyen pour obtenir gain de cause.

Si des différences notables dans les circonstances de fait des deux espèces doivent être indiquées, elles ne suffisent cependant pas pour justifier en droit la divergence des solutions. En effet, dans l'espèce soumise à la Cour de Lyon, la préférence portait sur des immeubles, alors que dans l'autre cas elle portait sur un fonds de commerce, qui est une universalité de meubles. Cette différence n'a aucune influence sur la possibilité d'exécution du pacte, puisque ces meubles sont également soumis à la nécessité d'une vente aux enchères. De plus, dans l'affaire Lehmann-Thoinet, le promettant était mort. Au contraire, dans le cas de préférence sur le fonds de commerce, les promettants étaient deux époux dont l'un était vivant au moment où l'exécution du pacte était réclamée. Aucune conséquence de droit ne pou-

vait être tirée de cette différence, puisque, dans les deux cas, la présence de mineurs qui avaient hérité des obligations de leur auteur imposait la vente judiciaire des biens frappés de la préférence. Mais il faut remarquer que si, devant la Cour de Lyon, les mineurs affirmaient l'impossibilité d'exécution en raison de la nécessité d'une vente aux enchères, devant la Cour de Nancy au contraire, ni l'un des promettants, ni les héritiers de l'autre ne cherchent à éluder l'application du pacte en invoquant cette impossibilité d'exécution. Cela montre bien que cette prétendue impossibilité n'existe pas véritablement. Car, sans cela, la Cour d'appel n'aurait pas nettement consacré l'exercice de ce droit. On peut évidemment alléguer que la Cour aurait statué au-delà des conclusions des Lécuyer en ne réservant pas l'exercice de la préférence en cas d'adjudication. Mais il est facile de répondre que la Cour pouvait refuser le maintien de ce droit en le déclarant incompatible avec les règles de la vente judiciaire, et n'avait pas besoin de conclusions des parties, si ces règles étaient impératives, comme on le prétend à tort.

Si l'existence d'héritiers mineurs est un cas fréquent de vente judiciaire forcée, il n'est pas le seul. Mais, dans un seul cas cependant, on ne peut appliquer les solutions indiquées plus haut : quand l'immeuble, objet du pacte, est compris dans une vente sur saisie immobilière. Dans ce cas, le bénéficiaire ne pourra pas obtenir le respect de son droit par l'insertion d'un dire au cahier des charges. En effet, il n'a pas de droit réel et ne peut nuire aux créanciers hypothécaires et, par contre-coup, à l'adjudicataire sur saisie. Mais s'il ne peut user du pacte, il aura un recours théorique en dommages-inté-

rêts contre le promettant. Car c'est le fait de celui-ci qui a rendu impossible l'exécution de l'obligation. La même solution doit être appliquée au cas où le bien objet du pacte, fait partie d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, car la vente des biens aux enchères est imposée pour sauvegarder les intérêts des créanciers. Cependant, s'il n'y avait pas de créanciers hypothécaires, il semble raisonnable d'admettre que le bénéficiaire se voie accorder l'adjudication par préférence à égalité de prix. Au cas où l'acceptation bénéficiaire aurait été faite sans motif valable et pour faire obstacle au droit du bénéficiaire, l'annulation de l'acceptation bénéficiaire pourra être prononcée par application de la théorie de l'usage abusif des droits et par analogie avec l'art. 1178 C. civil.

Dans certains cas, si la vente judiciaire est obligatoire, la volonté des ayants cause du promettant y a joué un rôle indirect. Cela se produit quand les héritiers ne s'entendent pas pour procéder au partage d'une succession. Ici les débiteurs pourraient se soustraire indirectement à l'exécution de leur obligation si la vente aux enchères empêchait le bénéficiaire d'exercer son droit. Mais il y aurait lieu évidemment à une condamnation en dommages-intérêts contre l'héritier qui rendrait impossible, par ce détour, l'exécution du pacte. A notre avis, comme le bénéficiaire peut en principe faire insérer un dire le proclamant adjudicataire à égalité d'enchère, la question des dommages-intérêts n'est que subsidiaire. Si l'on n'admet pas d'une manière générale le droit du bénéficiaire à faire insérer un dire, on doit au moins le reconnaître dans ce cas particulier. Car le refuser serait favoriser la mauvaise foi des successeurs universels, tenus d'exécuter les obligations de leur auteur.

De la discussion qui précède, il convient de dégager les principales solutions auxquelles on aboutit. Deux sortes d'incapacité peuvent atteindre le promettant ou ses ayants cause : les unes n'entraînant pas l'obligation d'observer les formalités des ventes judiciaires pour l'aliénation des biens, les autres au contraire imposant l'observation de ces formalités. La première catégorie d'incapacités ne fait nullement obstacle à l'exécution du pacte de préférence. S'il y a lieu à vente, on suivra les formes édictées pour la protection de ces incapables et le bénéficiaire usera de son droit, dans les conditions prévues au pacte. Mais, si le promettant ou ses ayants cause ne peuvent procéder à la vente qu'en accomplissant les formalités de la licitation judiciaire, soit que le promettant ou ses ayants cause soient devenus incapables, soit qu'ils aient été dessaisis de l'administration de leurs biens, il y a lieu de faire une distinction. Si, à la licitation, aucun créancier hypothécaire ou privilégié sur les immeubles du promettant originaire ou de ses ayants cause n'est intéressé, le cahier des charges pourra contenir un dire proclamant adjudicataire le bénéficiaire, à égalité d'enchère. Par contre, s'il existe des créanciers hypothécaires ou privilégiés, un tel dire ne pourra pas être inséré. En cas de faute du promettant, le bénéficiaire concourra avec les créanciers chirographaires pour les dommages-intérêts dus en raison de l'inexécution de la convention.

L'impossibilité d'exécuter le pacte peut se produire aussi par la perte de la chose. Mais cette hypothèse ne rend pas nécessaires d'aussi longs développements et, d'ailleurs, la jurisprudence n'a encore jamais eu à se prononcer à ce sujet, quoique certains points donnent

lieu à quelques difficultés, notamment le cas d'expropriation du bien soumis au pacte.

Section II. — Autres causes d'inexécution

La survenance de certaines incapacités n'est pas la seule cause qui fasse obstacle à l'exécution du pacte. Bien souvent, l'objet du contrat futur prévu au pacte est un corps certain et la perte matérielle est possible; en outre, certains actes juridiques peuvent empêcher le bénéficiaire d'exercer son droit.

En cas de destruction matérielle de l'objet, l'application normale des principes se fait sans difficultés. Mais il est bien entendu que l'on se place ici avant toute acceptation des offres faites par le propriétaire du bien. Si la perte survient par cas fortuit, le promettant est libéré. Il ne peut y avoir de mise en demeure parce que la condition ne se réalise que quand le promettant manifeste sa volonté de passer le contrat prévu au pacte et il est libre de la manifester au moment qui lui plaît. Le plus souvent, il s'agit d'un immeuble et la perte totale n'est pas vraisemblable. La nature du contrat prévu au pacte et l'examen de l'intention des parties permettront de savoir si le promettant est libéré par l'anéantissement des constructions ou si le bénéficiaire peut encore exercer son droit en cas de contrats passés au sujet du terrain nu. Mais la perte du bien peut provenir de la faute du promettant. Dans ce cas, celui-ci sera tenu à des dommages-intérêts envers le bénéficiaire, car, selon l'art. 1178, « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition,

qui en a empêché l'accomplissement ». Si la perte est partielle, la condamnation ne peut être prononcée que si la condition se réalise, c'est-à-dire si le promettant conclut le contrat prévu au pacte.

L'aliénation du bien semble constituer également un obstacle à l'exécution. Cela est tout à fait exact quand celle-ci est faite à titre onéreux et que le contrat pour lequel la préférence était concédée est un contrat translatif de propriété. Mais cela n'éteint pas l'obligation du débiteur et ailleurs ont été examinées les conséquences juridiques de cette faute. Mais, quoique l'aliénation ait été faite à titre onéreux, si le pacte ne prévoit pas la préférence pour un tel genre de contrat, ce n'est pas l'exécution de l'obligation, mais bien sa naissance qui est à tout jamais impossible. La même solution doit être donnée au cas où le débiteur aliène à titre gratuit son bien par un contrat. Mais, si le débiteur le transmet par décès, l'obligation ne pourra naître si l'acquéreur est un ayant cause à titre particulier du promettant. Sans cela, l'acquéreur serait tenu des obligations de son auteur et, comme tel, obligé de satisfaire au pacte, s'il voulait passer le contrat prévu par le pacte.

Le seul phénomène purement juridique qui empêche l'exécution de l'obligation est l'expropriation pour cause d'utilité publique. En effet, c'est une aliénation à titre onéreux et si le pacte est consenti en vue de la vente, la condition mise à la naissance de l'obligation est accomplie. Mais le fait du prince intervient et empêche le bénéficiaire de faire valoir ses droits à l'encontre de l'intérêt général. Une indemnité devra lui être accordée en compensation, mais seulement si l'expropriation intervient après l'offre du promettant et avant la noti-

fication de l'acceptation du bénéficiaire. Si elle intervenait après l'acceptation du bénéficiaire, ce serait à titre de propriétaire qu'il aurait droit à une indemnité. Dans le cas où le contrat prévu au pacte ne serait pas translatif de propriété, le bénéficiaire aurait également droit à une indemnité si l'expropriation se produit après l'offre du promettant et avant l'acceptation de cette offre. Si l'expropriation avait lieu après l'acceptation, l'indemnité lui serait accordée, non en raison du pacte de préférence, mais à cause du contrat postérieur formé par l'acceptation. La condition de l'offre du promettant est indispensable, car, si elle ne se produit pas, l'obligation ne naît pas et l'expropriation ne peut améliorer la situation juridique de ceux qui avaient des droits éventuels sur le bien exproprié.

L'étude qui vient d'être faite dans ce chapitre montre la fragilité de l'obligation de préférence car les ventes aux enchères sur la réquisition des créanciers et les transmissions gratuites à titre particulier sont fréquentes. En plus de cela, il y a parfois la mauvaise volonté du débiteur contre laquelle il n'y a pas de sanction bien efficace, car celui-ci a tant de moyens de se soustraire à son engagement sans qu'on puisse lui en faire grief. Cependant, le bénéficiaire obtient la possibilité d'être prévenu des contrats qui se feraient sur le bien visé ou d'être indemnisé, si cela n'a pas été fait. Il y a là un léger avantage sur le droit commun.

CHAPITRE II

MODES SUPPOSANT LA SATISFACTION DES CREANCIERS

A cause de son importance particulière, il était indispensable de consacrer un chapitre spécial à l'impossibilité d'exécution. Maintenant, il est utile de donner quelques explications sur d'autres modes d'extinction. Les plus importants sont le terme extinctif et la confusion qui nécessitent un certain développement.

De l'exécution il ne sera pas question ici; car il n'y a rien de particulier à ajouter à ce qui a été dit à propos du contenu et de la nature de l'obligation. Toutes les difficultés que soulève ce point ont été résolues à ce moment-là.

La dation en paiement est parfaitement compatible avec la nature du pacte de préférence. Mais, à l'inverse de ce qui se passe ordinairement, le débiteur offrira de l'argent pour se libérer de sa promesse. Cela suppose que le promettant a déjà manifesté sa volonté de conclure le contrat prévu au pacte. L'intérêt d'une telle opération pour lui n'apparaît pas clairement. On ne peut le concevoir qu'au cas où le promettant se serait engagé, s'il venait à conclure un contrat déterminé, à le faire avec le bénéficiaire moyennant une contre-partie fixée d'avance.

Pour que cette opération soit valable, il faut que le créancier accepte la modification qui lui est proposée, et cet accord ne nécessite aucune forme particulière.

De cette situation on peut rapprocher l'hypothèse dans laquelle le débiteur de la préférence, n'ayant pu satisfaire à son obligation sur le bien primitivement prévu, consent à ce qu'elle soit reportée sur un autre bien de même nature qu'il possède. Mais cette opération ci-dessus décrite constitue plutôt une novation proprement dite qu'une dation en paiement. En effet, dans la dation en paiement, l'exécution de l'obligation nouvelle est immédiate, alors que dans le cas indiqué l'exécution n'aura lieu que plus tard. La novation peut aussi se produire par changement de débiteur quand le promettant stipule d'une autre personne que cette dernière consentira la préférence dans les conditions primitives au bénéficiaire originaire. Dans toutes ces hypothèses, l'obligation nouvelle demeure nécessairement conditionnelle, à cause de la nature du pacte de préférence. Mais si, entre les mêmes personnes, le pacte était remplacé par un autre contrat, l'obligation qui naîtrait de ce dernier serait conditionnelle, à moins que la condition ne soit incompatible avec sa nature ou que les parties aient clairement manifesté leur intention de remplacer l'obligation primitive par une obligation non conditionnelle, c'est-à-dire pure et simple ou à terme.

La dette du pacte peut aussi s'éteindre par compensation. Mais cela ne se produit que si, par la faute du débiteur, l'obligation n'a pas été exécutée. Car il est difficile de supposer que deux personnes soient tenues de s'accorder la préférence pour des biens de même valeur. La compensation ne sera donc que facultative ou

judiciaire, jamais légale. Le plus souvent, le juge fixera le montant des dommages-intérêts et, en même temps, opérera la compensation avec la créance que le débiteur de la préférence a contre le bénéficiaire.

Un autre mode, qui suppose également la réunion de la qualité de ce créancier et de celle de débiteur dans la même personne, est la confusion, et il opère plus fréquemment en matière de préférence. Le plus souvent, c'est l'ouverture d'une succession qui en sera la cause; car il est assez naturel de le consentir au profit d'un parent, le pacte de préférence ayant plutôt un rôle de sentiment qu'une utilité économique. Toutefois, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire l'empêche. Mais la confusion peut aussi se produire par suite d'une acquisition entre vifs. Seulement cette cause ne fonctionne que très rarement.

Si quelques mots ont suffi pour la plupart des précédents modes d'extinction, le terme extinctif a besoin d'explications un peu plus détaillées. L'obligation née du pacte ne peut durer indéfiniment. Les parties conviennent que, faute d'acceptation par le bénéficiaire dans un certain délai, l'obligation s'éteint, et le débiteur de la préférence est délié. C'est un véritable terme extinctif, parce que le promettant a contracté une obligation qui s'exécute successivement : celle d'offrir pendant le temps suffisant à la réflexion un contrat à une personne déterminée. Il n'y a rien à ajouter à ce qui a été dit à propos des effets du pacte, au chapitre premier concernant le contenu de l'obligation. Mais il était nécessaire d'indiquer l'autre aspect que présente le délai d'option imposé au bénéficiaire pour l'exercice de son droit.

S'il ne fallait tenir compte que du véritable terme extinctif, les développements annoncés ci-dessus seraient inutiles, mais on doit s'occuper, avec quelque détail, de l'effet du délai fixé pour la réalisation de la condition. Fréquemment, en effet, les parties conviennent que la condition prévue devra s'accomplir dans un certain délai à partir de la conclusion du pacte de préférence. La condition se réalisant pendant le temps prévu au pacte, l'obligation naît, entraînant les multiples effets de droit examinés précédemment. Au contraire, il peut arriver que la condition ne se réalise pas pendant le temps prévu. Ce délai expiré, l'obligation ne peut plus naître et le promettant est définitivement dégagé de tout lien envers le bénéficiaire. Ce n'est pas une extinction, mais l'effet de la défaillance d'une condition suspensive. Si, au contraire, aucun délai n'a été prévu, l'obligation naîtra, à quelque époque que ce soit, au moment où la condition sera réalisée.

La seule difficulté qui se présente en cette matière provient de l'art. 5 du décret du 10 août 1914, rendu au début de la Grande Guerre et accordant un délai plus long pour s'exécuter aux débiteurs mobilisés ou entravés dans leur possibilité d'exécution par l'état de guerre. Il s'agit de savoir si le moratoire accordé par le décret s'applique à un pacte de préférence conclu pour une durée déterminée. La question est fort délicate et la jurisprudence ne nous fournit presque pas d'indication. Une seule espèce a fait l'objet de décisions judiciaires; dans celle-ci, la vente à un tiers avait eu lieu après l'expiration du délai fixé pour la préférence. Il fallait décider si le délai n'avait commencé à courir qu'après la cessation des hostilités, ou bien si le droit commun

s'appliquait seul, à l'exclusion du décret du 10 août 1914. Les faits sont très simples. En vertu d'un bail sous-seings privés du 10 décembre 1908, Pralus, locataire des époux Charpenet, devait avoir la priorité et la préférence en cas de vente de l'immeuble loué, pendant la durée du bail qui expirait le 1^{er} novembre 1918. Par acte authentique du 30 mai 1923, les époux Charpenet vendirent à Thivollet l'ensemble immobilier comprenant les locaux loués à Pralus. Celui-ci les assigna en vue de la réalisation du pacte de préférence par une vente de la partie de l'immeuble occupée par lui. Après décision du Tribunal, la Cour de Lyon fit droit à sa demande et admit que la promesse avait été prorogée, en vertu du décret du 10 août 1914, pour une durée expirant le 25 janvier 1924. La Chambre civile, saisie d'un pourvoi contre cet arrêt, s'est prononcée par décision du 17 juin 1927¹ et a donné tort au bénéficiaire du pacte, en cassant la décision dont il se prévalait, comme appliquant un texte étranger à la cause.

La Cour de cassation déclare que le décret du 10 août 1914 ne peut être appliqué dans l'espèce. Car le propriétaire n'a vendu à un non-bénéficiaire qu'après l'expiration du délai fixé pour la durée de la convention de préférence. Les motifs qu'elle énonce déclarent en propres termes qu' « *en effet, tant que l'immeuble n'a pas été vendu*, la promesse de préférence n'impose à celui qui en bénéficie *aucune obligation* qu'il soit *tenu d'exécuter dans un délai ou à une date préfixe* ». En conséquence, « si la vente n'est réalisée qu'après l'expiration du délai fixé, le texte susvisé n'a plus d'application

1. Cassation, 17 juin 1927, D. H. 1927, p. 464.

dans les rapports entre les parties. » Que faut-il penser de cette décision ? On peut remarquer tout d'abord que par les expressions employées, la Cour entend seulement une offre ferme de vente qui fait naître le droit du bénéficiaire et l'oblige à donner une réponse dans un délai assez court. Mais la solution adoptée est, à notre avis, très exacte. Car il est manifeste que le législateur a voulu éviter que soient privées de leurs droits, par suite de forclusion, les personnes que l'état de guerre aurait empêchées de remplir les formalités ou d'exécuter les obligations à elles imposées pour se prévaloir de leurs droits. Or, dans les circonstances de l'espèce, la condition mise à l'exercice du pacte ne s'était pas réalisée pendant les hostilités, ni même pendant le reste du délai fixé pour la durée de la convention. Il n'y avait donc pas lieu d'allonger ce délai, alors que la guerre et les événements qui l'accompagnaient n'étaient pour rien dans la disparition du droit du bénéficiaire. En raison du caractère exceptionnel de ces dispositions, le bon sens et l'équité imposaient l'application pure et simple du droit commun. Au contraire, l'application du décret eût abouti à des résultats opposés à l'intention véritable des parties et non justifiés par des considérations d'intérêt général.

Mais il est bon de se demander quelle aurait été la solution admise si le promettant avait manifesté son intention de vendre au cours des hostilités. Si on fait de la décision précédente la base d'une argumentation *a contrario*, on est amené à penser que, dans ce cas, le délai imparti pour bénéficier de la préférence serait prorogé en vertu du décret précité. En effet, si le bénéficiaire ne fait pas connaître son intention d'accepter

dans le délai déterminé par la convention, il perdra le droit de réaliser la vente aux conditions de l'offre d'un tiers. La perte de son droit résultera de l'accomplissement d'une obligation à lui imposée pour profiter de la préférence. Cependant, il paraît en pratique difficile d'admettre que le promettant soit tenu d'attendre la cessation des hostilités et l'expiration du délai primitivement fixé, depuis cette date, pour réaliser la vente projetée. En tous cas, on ne peut l'obliger à maintenir les conditions primitives. Car il n'y a là qu'une offre et, s'il y avait vente définitive, le vendeur pourrait faire modifier le prix s'il subissait une lésion de plus de sept douzièmes de son montant. Il paraît monstrueux d'empêcher un propriétaire de disposer librement de son bien pendant une si longue période de temps et cela sans aucune contre-partie. D'autre part, les termes généraux employés par le décret ne permettent pas d'écarter son application au cas envisagé. La seule ressource du promettant qui a besoin de vendre son immeuble est de tourner les dispositions du contrat accordant le pacte de préférence et cela n'est pas difficile. Il suffit de faire donation de l'immeuble à l'acheteur non bénéficiaire, en exigeant en fait le versement immédiat de la somme convenue. Si le prétendu donataire ne peut payer immédiatement la somme qui lui est demandée, le pseudo-donateur sera garanti en simulatant un prêt au donataire équivalent à la partie du prix restant à payer. Mais l'opération n'est pas sans dangers. Car le bénéficiaire évincé a le droit de prouver la simulation. Et s'il arrive à établir l'existence du prêt, il aura fourni la preuve qui est exigée de lui.

Ainsi se termine l'étude des modes d'extinction qui

supposent la satisfaction du créancier. La plupart n'ont soulevé aucune difficulté. Seul le délai fixé pour la survenance de la condition a retenu plus longtemps l'attention à cause du décret du 10 août 1914, qui a cessé d'être en vigueur à partir de la fin des hostilités fixée officiellement au 24 octobre 1919. Les modes qui restent à étudier ne donneront lieu qu'à de brèves remarques dérivant du caractère conditionnel de l'obligation : ils ne fonctionnent en effet que rarement et ne soulèvent guère de difficultés.

CHAPITRE III

MODES NE SUPPOSANT PAS LA SATISFACTION DU CREANCIER

Ici devrait trouver place l'étude qui a déjà été faite sur l'impossibilité d'exécution car elle rentre dans la catégorie examinée présentement. Mais les développements qu'elle comporte ont abouti à la nécessité de lui consacrer déjà un chapitre tout entier. La remise de dette et la prescription n'ont guère suscité de décisions de jurisprudence.

Section I. — Remise de dette.

La remise de dette peut être expresse ou tacite. De plus, comme l'obligation est subordonnée à une condition, le bénéficiaire éventuel peut déclarer, avant la réalisation de celle-ci, qu'il renonce à s'en prévaloir. Mais il n'y a véritable remise que quand la condition est survenue dans les circonstances prévues au contrat. La remise expresse par le créancier dans un acte spécial suit les règles ordinaires. Mais cette remise peut s'induire des circonstances. Un arrêt de la Cour de Toulouse du 17 mai 1880¹ nous en offre un exemple. Les frères At

1. S. 1880.II.322; D. P. 1881.II.220.

ayant vendu par acte du 11 décembre 1847 un pré à Cougoureux, avec faculté de le reprendre si celui-ci voulait le vendre, assignèrent en 1878 les frères Recur, acquéreurs depuis 1859, en délaissement et les héritiers Cougoureux en dommages-intérêts pour violation du pacte de préférence. La Cour, après avoir refusé le délaissement, refusa d'accorder réparation pour le motif suivant : « attendu que l'inertie absolue des demandeurs pendant plus de vingt ans, alors que l'un d'eux vivait côte à côte avec les nouveaux propriétaires du pré contigu à ses terres et qu'il avait lui-même à deux reprises reconnu formellement les droits des frères Recur, prouve qu'il avait renoncé tant pour lui que pour son frère à une acquisition que lui interdisait une situation obérée ». La Cour relève plusieurs faits qui manifestent l'intention des créanciers de renoncer à leur droit. Mais, si leur ensemble justifie la solution, il semble qu'aucun ne suffirait s'il était seul. En effet, la reconnaissance des droits de l'acheteur au mépris du pacte n'a de valeur qu'à l'égard de celui-ci. Par elle-même, elle ne constitue qu'une renonciation implicite par le bénéficiaire à son droit d'invoquer la mauvaise foi de l'acquéreur pour se substituer à lui, et l'obligation du promettant n'est pas éteinte, car il doit réparer le dommage qu'il a causé. L'inertie absolue pendant vingt ans, alors que le bénéficiaire connaissait la vente opérée au mépris de son droit est plus probante. Car elle vise également l'acquéreur et le vendeur, qui est toujours de mauvaise foi. On peut se demander si cette inaction prolongée, en connaissance de cause, ne suffirait pas à faire repousser l'action du bénéficiaire. En effet, on ne peut pas tirer argument des règles de la prescription, car il s'agit d'une remise de

dette et il suffit que l'intention du créancier de renoncer à sa créance soit certaine. Il semble donc qu'une telle attitude doive être considérée comme une renonciation du bénéficiaire au droit d'obtenir du promettant des dommages-intérêts pour violation du pacte. Cependant, sans exiger que l'inaction se soit prolongée vingt ans, il est nécessaire qu'elle ait duré assez longtemps pour ne pas s'expliquer par l'existence temporaire d'un obstacle de droit ou de fait. D'ailleurs, malgré cela, le bénéficiaire peut être admis à prouver les faits qui manifestent son intention de conserver son droit, malgré son inertie.

Section II. — Prescription du pacte.

La prescription opère plus rarement encore pour le pacte de préférence que pour les autres conventions. D'une part, tant que la condition est encore pendante, elle ne court pas. La plupart du temps, les parties fixent une période pendant laquelle la condition devra se produire pour engendrer l'obligation. D'autre part, à partir du moment où la condition se réalise, c'est-à-dire au moment où le bien désigné fait l'objet du contrat prévu au pacte, la prescription dure trente ans et bien avant ce moment, la remise de dette tacite aura éteint l'action du bénéficiaire. Néanmoins, certains points ont besoin d'être précisés. Ce sont ceux qui concernent le point de départ de la prescription et ses causes de suspension.

Quant au point de départ, il doit être fixé au moment où le promettant passe avec le tiers le contrat prévu au pacte. Jusque-là, il n'y a pas de méconnaissance

formelle du droit du bénéficiaire. D'ailleurs, avant ce moment, le bénéficiaire ne peut pas se plaindre car le promettant, en pourparlers avec le tiers, n'est pas tenu d'agréer les propositions de celui-ci. Le bénéficiaire ne peut se prévaloir des offres du tiers et forcer le promettant à conclure avec lui que si ce dernier a accepté les offres du tiers. La prescription courra en même temps à partir du contrat au profit du tiers de mauvaise foi qui connaissait le pacte. Car sa faute n'existe qu'à partir de cette date. Il était parfaitement libre de faire des offres au promettant, car il ne portait par là aucune atteinte au droit du bénéficiaire.

Les causes de suspension de la prescription sont les mêmes que celles des créances ordinaires. Celle qui se produira le plus fréquemment, après celle existant au profit des mineurs, sera celle de la femme mariée sous le régime de communauté, lorsque son action dépend du parti qu'elle prendra dans la communauté. En plus des causes légales, la Cour de cassation admet la suspension de la prescription toutes les fois que le créancier peut raisonnablement ignorer le fait qui donne naissance à son action et à son intérêt d'agir. Peut-on appliquer ce principe au cas du pacte de préférence ? Il semble équitable de le faire. Mais, comme la solution est audacieuse, l'appréciation des circonstances justifiant l'ignorance du bénéficiaire doit être très sévère. Quoiqu'on ne puisse demander au bénéficiaire de s'enquérir de temps en temps à la conservation des hypothèques si le bien visé a changé de propriétaire, il est normal de penser que certaines circonstances doivent provoquer cette démarche. Ce sera par exemple le changement dans les personnes qui occupent l'immeuble, la mort du propriétaire, etc... En

dehors de cette indication un peu vague, il est difficile de relever des causes précises qui constitueraient un obstacle suffisant à la connaissance de son droit. En général, ce sera plutôt un ensemble de circonstances qu'un fait unique qui amènera la suspension.

Ainsi, la condition qui suspend les effets du pacte peut se réaliser pendant une période éventuellement très longue, jusqu'au moment où le bien désigné fait l'objet d'une transmission gratuite à titre particulier. Cette longévité possible est la contre-partie de la fragilité de cette préférence. Mais elle est sûrement réduite par la fixation d'une période pendant laquelle la condition doit se réaliser. Et une fois que le promettant a manifesté l'intention de passer le contrat prévu, il est rare que l'obligation non exécutée soit éteinte par la prescription, car l'inaction prolongée du bénéficiaire est considérée comme une renonciation à son droit.

TITRE IV. — PARTICULARITÉS DE LA PRÉFÉRENCE POUR CERTAINS CONTRATS

Une étude sur le pacte de préférence en matière d'immeubles ne saurait être complète sans un exposé rapide des traits spéciaux que son fonctionnement présente selon les divers contrats pour lesquels la préférence est donnée. Dans les explications précédentes, il a surtout été considéré comme intervenant en vue de la vente, sans cependant perdre de vue son caractère plus général. La jurisprudence nous montre qu'il peut être conclu en vue du louage de choses. Mais, si elle ne nous fournit pas d'autre exemple en matière d'immeubles, cela ne signifie pas que d'autres contrats ne puissent être prévus par le pacte de préférence. En matière de meubles, le contrat de société fait très souvent l'objet d'un pacte de préférence, soit qu'il s'agisse d'une augmentation de capital, soit qu'on envisage l'entrée de nouveaux membres dans la société. Mais présentement les remarques porteront seulement sur les contrats dont les immeubles sont le plus souvent l'objet. Ce sont : la vente, l'échange, l'apport en société, et la location. Ce pacte est généralement fait en raison d'un bien désiré très vivement pour des motifs multiples, soit sentimentaux, soit d'affaires.

Les contrats de garantie, destinés à assurer le paiement d'une dette, ne procurent pas au titulaire de la garantie des droits assez étendus pour être utiles aux amateurs du bien. L'antichrèse seule fait exception. Mais elle n'est presque jamais employée par les propriétaires d'immeubles qui veulent se procurer de l'argent. L'hypothèque est bien plus commode. D'ailleurs l'antichrèse ne procure pas à l'amateur du bien les avantages qu'il se propose de tirer de celui-ci et sa durée est en général assez courte puisque ce contrat prend fin par le remboursement de la dette.

Dans un premier chapitre, seront examinées les particularités concernant les contrats translatifs de propriété. Le second, relatif aux contrats non translatifs de propriété, concernera la location, qui est le seul dont la préférence offre un intérêt pratique. Il ne restera plus qu'à dire quelques mots des principales législations étrangères. Ce bref aperçu est indispensable pour inspirer des réformes destinées à assurer une pleine efficacité à cette convention.

CHAPITRE PREMIER

PREFERENCE POUR LES CONTRATS TRANSLATIFS DE PROPRIETE

C'est surtout en vue de contrats translatifs de propriété que la préférence est concédée. Cela s'explique tout naturellement par le fait que le bénéficiaire a en vue un bien déterminé dont il ne profitera pleinement que s'il en devient propriétaire. Les rapports de ces divers contrats avec le pacte de préférence feront l'objet d'un examen spécial. La vente, le plus fréquent de ces contrats, puis l'échange, enfin l'apport en société, se verront consacrer un rapide développement.

Section I. — Préférence en vue de la vente.

La plupart du temps, c'est la vente qui est prévue au pacte et celui-ci est alors une promesse conditionnelle de vente. Il est inutile de revenir sur la distinction du pacte et de la promesse ordinaire de vente. Par conséquent, il n'est pas possible de lui appliquer en bloc les solutions admises pour cette dernière. Néanmoins, ces deux conventions ont des points communs; certaines des règles

applicables aux promesses de vente sont en parfaite concordance avec la nature du pacte de préférence et doivent lui être appliquées. Il sera d'abord question des points sur lesquels la jurisprudence a fait connaître son opinion, ensuite seront indiqués quelques principes qui doivent servir de guide quand le pacte de préférence fonctionne dans des hypothèses analogues à celles des promesses de vente.

D'une manière générale, d'ailleurs, la jurisprudence a commencé par poser un principe à propos des promesses de vente et l'a étendu ensuite aux pactes de préférence. Mais ici notre étude doit se borner aux règles de la transformation du pacte en contrat de vente dont il a été précédemment parlé à propos du contenu de l'obligation. Les deux points que la jurisprudence a traités spécialement sont relatifs à l'action en rescision pour lésion et à la formation du contrat de vente. Tous deux ont fait l'objet d'arrêts de la Cour de cassation, l'un de la Chambre des requêtes¹, l'autre de la Chambre civile². Un point est commun à tous deux : c'est que, dans l'un comme dans l'autre cas, il faut se prononcer sur le mode de formation de la vente.

La jurisprudence a d'abord eu à s'occuper de l'action en rescision pour lésion et à en déterminer le point de départ. Elle l'a fait dans les circonstances suivantes que nous résumons rapidement. Par acte du 23 juin 1893, M. Favraux père s'était engagé à vendre son immeuble à son fils Victor à la condition qu'il aurait manifesté la volonté de s'en défaire, et il pouvait manifester cette

1. Requête, 12 novembre 1928, D. P. 1929.I.88.

2. Chambre civile, 16 décembre 1929, *Rec. Gaz. du Palais*, 1930.II.211.

intention quand il voudrait. Victor Favraux avait, à partir de la notification de cette intention, un délai de 15 jours pour faire connaître son acceptation. Cette obligation passant aux héritiers de Favraux père, ces derniers ne manifestèrent leur volonté de procéder à la licitation, c'est-à-dire à la vente de l'immeuble, que par leurs conclusions du 23 novembre 1921 et leur action en rescision pour lésion fut introduite au mois de juin 1922. Victor Favraux prétendit que l'action était irrecevable comme introduite plus de deux ans après la vente, qui, selon lui, en vertu de l'effet rétroactif de la condition, était réputée s'être formée à la date de sa demande en réalisation. La Cour de Rouen rejeta cette prétention et décida que le point de départ de l'action était fixé au jour où les héritiers du promettant avaient manifesté l'intention de vendre. La Cour de cassation saisie d'un pourvoi le rejeta. Elle en donna les motifs suivants tirés surtout du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond : « Attendu que l'arrêt déclare que toute manifestation de la volonté d'accepter la promesse de vente était inopérante de la part de Victor Favraux tant que n'était pas survenu l'événement à l'échéance duquel était subordonnée cette promesse...; qu'en rejetant la fin de non recevoir opposée par Victor Favraux à l'exercice de l'action en rescision, introduite par les consorts Favraux en juin 1922, moins de deux ans après la date à laquelle les héritiers avaient manifesté l'intention de vendre, la Cour n'avait violé aucun des textes visés au moyen ».

La solution donnée doit être approuvée en ce qu'elle rejette la prétention du bénéficiaire de faire courir le délai de l'action avant que le promettant ait manifesté

sa volonté de vendre. Mais les termes employés par cet arrêt, dominé par des arguments de fait, ne doivent pas induire en erreur. En réalité, en vertu de l'art. 1676, le délai de l'action ne commence à courir que du jour où la vente s'est formée, c'est-à-dire où il y a eu consentement des parties sur la chose et sur le prix. Car il ne peut y avoir de lésion avant que la vente soit parfaite, le prix n'étant pas fixé d'une façon définitive avant ce moment-là.

L'arrêt rendu par la Chambre civile le 16 décembre 1929 a trait directement à la formation du contrat de vente dans un cas où intervenaient deux titulaires de la préférence. Mais la décision porte sur des points qui ne concernent qu'indirectement le fonctionnement du pacte et la question intéressante pour le pacte, posée par elle, n'a fait l'objet d'aucune discussion. Quoique assez enchevêtrés, les faits ne nécessiteront pas de longues explications. Le 6 janvier 1926, Me Thiénot, mandataire de M. de Montergon, avertit M. Carteron que son client était décidé à vendre. S'étant rendu le 10 à Angers, M. Carteron visite les propriétés de M. de Montergon sous la conduite de celui-ci, sauf le château occupé par MM. Favard et Naudin, locataires et titulaires d'un droit de préférence en cas de vente. M. de Montergon lui fait alors connaître ses conditions : prix fixé à 470.000 francs pour tout le domaine, avec interdiction pour l'acheteur de revendre pendant 15 ans et, passé ce délai, droit réservé pour lui ou ses héritiers de reprendre la propriété à égalité de prix et de conditions.

M. Carteron accepta ces conditions sous réserve, pour le vendeur, de subordonner la réalisation de la vente à l'attitude de Favard et Naudin. Ceux-ci, avertis par

M^e Thiénot, firent répondre par un mandataire qu'ils entendaient exercer leur droit de préférence, acceptant le prix et demandant un rendez-vous pour examiner les conditions accessoires de la vente. Le 13 janvier, Thiénot communiquant la lettre à Carteron, l'informa qu'il la considérait comme une non-acceptation et reçut de lui deux chèques représentant 470 000 fr., destinés au paiement du prix.

Le tribunal, saisi d'une demande en réalisation de la vente par Favard et Naudin et d'une demande aux mêmes fins par Carteron, rejeta les deux demandes. La Cour d'Angers infirma le jugement concernant la demande de Carteron, condamna M. de Montergon à réaliser la vente au profit de ce dernier et à lui payer des dommages-intérêts en sus des dépens. Un pourvoi en cassation fut formé contre cet arrêt auquel on reprochait une contradiction de motifs pour avoir déclaré que la vente était parfaite dès le 10 janvier, mais qu'elle était faite sous condition.

La Chambre civile déclare qu'il n'y a pas là contradiction de motifs et que la Cour a donné là une interprétation souveraine de la volonté des parties.

Cette décision intéresse d'une manière indirecte le fonctionnement du pacte de préférence en déterminant la nature des rapports entre le promettant et le tiers avant la notification au bénéficiaire. Le caractère de vente conditionnelle est ici très exactement attribué et rien ne fait obstacle à ce que le promettant et le tiers se lient valablement de cette façon, car le bénéficiaire ne peut se plaindre que son droit soit méconnu sciemment par les deux contractants. Cependant, pour donner une telle qualification aux tractations du tiers et du

promettant, il faut que l'intention commune des parties à cet égard soit certaine. Pour l'établir d'une manière indiscutable, les parties ont intérêt à rédiger un acte de vente conditionnelle sous-seing privé renfermant le prix et les autres stipulations car, en pratique, le tiers qui fait une offre désire être fixé sur son résultat et s'assurer contre un changement d'avis du vendeur éventuel. De son côté, celui-ci a grand avantage à ce que son acheteur éventuel se lie sous condition, car, dans l'intervalle qui est de quelques jours, ce dernier peut avoir des raisons sérieuses de ne plus réaliser l'acquisition.

Un autre point que révèle l'examen des circonstances de l'espèce n'a suscité, malgré son importance très réelle, aucune discussion, ni aucune appréciation de la part des juridictions appelées à statuer dans cette affaire. En effet, il eût été intéressant de savoir si c'était à bon droit que Me Thiénot avait interprété comme une non acceptation la déclaration de Favard et Naudin acceptant le prix et demandant un rendez-vous pour examiner les stipulations accessoires de la vente. La première idée qui vient à l'esprit semble favorable à cette solution. La préférence étant stipulée à égalité de prix et de conditions, le bénéficiaire, qui fait des réserves sur quelques stipulations, doit être considéré comme n'acceptant pas la vente qui lui est offerte. Néanmoins, il faut observer que souvent les clauses de préférence se bornent à indiquer que la préférence est accordée à égalité de prix, sans qu'il soit parlé de stipulations n'ayant pas d'influence directe sur le prix. A notre avis, dans ce cas, le vendeur serait tenu d'accorder le rendez-vous sollicité, car le bénéficiaire a fait tout ce qui lui était imposé pour l'existence de son droit. De plus, même si

l'égalité de conditions a été expressément formulée, le sursis demandé au vendeur ne peut lui causer un préjudice véritable. Il est assez naturel que le bénéficiaire désire examiner avec le vendeur des stipulations accessoires que ce dernier modifierait peut-être en considération de sa personne. D'ailleurs, si le vendeur ne peut faire aucune concession à cet égard, rien n'est plus facile que de l'indiquer nettement dans la notification de la vente projetée. Cette précision, utile pour éviter toute ambiguïté, semble en principe devoir être sous-entendue, si l'égalité de conditions a été clairement stipulée.

Maintenant, il ne reste plus qu'à déterminer rapidement les principales règles que la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion d'appliquer aux pactes de préférence, quoiqu'elle les ait déjà formulées pour les promesses de vente. Ces principes se rapportent surtout à la transcription du pacte, aux rapports de la promesse et du bail qui la contient, et à la violation de la promesse par son auteur avec la complicité du tiers acquéreur. Le point le plus important, au point de vue pratique, est celui qui a trait à la transcription de ces promesses. Car, par cela même que de tels engagements seraient portés à la connaissance des tiers, il serait bien plus facile d'obtenir l'annulation de la vente faite au mépris du droit du bénéficiaire. Ainsi la mauvaise foi ou l'imprudence grave du tiers serait immédiatement démontrée. Mais la Cour de cassation¹ a décidé que la promesse de vente ne pouvait être transcrite, parce qu'elle n'est pas une convention translatrice de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque. Cette décision s'applique, à

1. Cassation Requête, 26 mai 1908, D. P. 1909.I.425, note de M. Perceou, S. 1909.I.327, note.

plus forte raison, aux promesses de préférence qui ne transfèrent la propriété que du jour où le bénéficiaire accepte les propositions du propriétaire. Cependant, il y a un correctif important à cette décision, elle ne concerne, en effet, que les conventions isolées; si la promesse de vente ou le pacte de préférence est stipulé comme clause accessoire d'un contrat translatif de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque, la clause figurera sur les registres de la transcription et son bénéficiaire pourra en tirer parti contre le tiers acquéreur.

Quant aux rapports du bail et de la promesse qui y est contenue, la jurisprudence pose en principe que ces deux conventions sont essentiellement distinctes. Par conséquent, la résiliation¹ du bail ne peut entraîner celle de la promesse de vente que s'il est démontré en fait que ces deux conventions formaient un tout indivisible. De même, la prorogation² légale d'un bail, en vertu des lois spéciales sur les loyers, n'entraîne pas nécessairement la prorogation de la promesse de vente qu'il renferme. L'indivisibilité entre elles ne peut résulter que de la volonté des parties, dont l'accord à ce sujet doit persister à chaque renouvellement du bail. Par suite, si le locataire, maintenu dans les lieux après l'expiration du bail³, manifeste, pour la première fois, sa volonté d'acquérir après cette expiration, sa déclaration de volonté est tardive et il ne peut contraindre le promettant à réaliser la vente aux conditions antérieurement prévues. De telles solutions doivent être approuvées et il convient de les suivre quand un pacte de préférence est consenti dans un bail,

1. Requêtes, 22 janvier 1868, D. P. 1868.I.170.

2. Chambre civile, 8 avril 1924, D. P. 1924.I.118.

3. Requêtes, 26 octobre 1927, *Gaz. du Palais*, 21 janvier 1928.

ce qui arrive fréquemment surtout pour les locations commerciales. Ici, en effet, les différences essentielles qui distinguent la promesse de vente et la clause de préférence sont absolument étrangères au problème posé.

Enfin, à propos de la violation de la promesse, il est utile de signaler un arrêt de la Cour de Nancy¹. Celui-ci estime que l'auteur de la promesse n'est pas dégagé de sa responsabilité pour avoir imposé à l'acquéreur de s'entendre au sujet de celle-ci avec le bénéficiaire de la promesse. Il admet en outre que le vendeur et l'acheteur peuvent être condamnés solidairement en dommages-intérêts, si l'acquéreur a eu connaissance du dommage causé au bénéficiaire et s'il y a eu à ce sujet concert frauduleux avec le vendeur. De plus, l'annulation de la vente peut être prononcée. Ce dernier point était déjà acquis pour le pacte de préférence en vertu de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 14 avril 1902 déjà cité.

Ce qui est vraiment nouveau, c'est l'application à la promesse de vente d'un principe posé en matière de cession, à savoir que le cédant n'est pas dégagé de ses obligations par la cession et reste tenu subsidiairement à côté du cessionnaire. Ici, ce principe doit fonctionner avec toute sa rigueur, car c'est le débiteur de la promesse qui se substitue un tiers pour son exécution. Le caractère solidaire attribué à la réparation du dommage provient du désir de réprimer vigoureusement les délits civils perpétrés dans le but de nuire à autrui. On applique par une analogie, discutable en théorie, mais utile en pratique, la solidarité qui frappe les auteurs et les complices d'une infraction pénale. Aussi est-ce sans aucune hésitation qu'il en sera fait emploi à propos du pacte de préférence.

1. C. de Nancy, 4 avril 1906, D. P. 1908.II.148; S. 1906.II.241.

De tout cela il résulte que, malgré les divergences profondes qui lui donnent une utilité propre, le pacte de préférence conclu en vue de la vente est une sorte de promesse de vente, à laquelle on doit appliquer les règles de celle-ci, tout en tenant compte de son caractère conditionnel. Comme c'est là son aspect le plus fréquent, la plupart des auteurs et des arrêts ne le considèrent pas comme une convention de portée plus générale et pouvant exister en vue d'autres contrats que la vente. C'est une erreur cependant car, en droit commercial, on rencontre fréquemment la préférence stipulée en vue du contrat de société sous la forme de droits de souscription accordés par une société à ses actionnaires.

Section II. — Préférence en vue des autres contrats translatifs

Mais, avant d'en arriver là, il doit être fait mention de la préférence consentie en vue de l'échange. Cette préférence est plus difficile à concevoir en pratique; car, s'il est toujours possible au bénéficiaire d'offrir une prestation équivalente à celle du tiers, quand celle-ci est de l'argent, cette équivalence sera souvent irréalisable à cause des qualités très particulières du bien offert en échange. En fait, si le bénéficiaire est en mesure d'offrir un bien suffisamment ressemblant à celui offert par un tiers, le promettant sera tenu de préférer son cocontractant. D'ailleurs cet obstacle de fait renforce les raisons de principe qui exigent une stipulation expresse de la préférence pour le cas d'échange. De plus, comme l'échange suit les règles de la vente, il est naturel d'appliquer à

la préférence en cas d'échange celles de la préférence en cas de vente.

La jurisprudence n'offre pas d'exemple de préférence consentie pour le cas d'échange. Mais une affaire, jugée par la Cour de Limoges en 1840¹, n'est pas sans quelque analogie. Dans un partage d'ascendant fait entre vifs le 18 août 1818, il était stipulé que, dans le cas où François Malterre voudrait vendre un pré mis dans son lot, il serait tenu d'en offrir préalablement l'échange contre un pré attribué à ses deux sœurs Gilberte et Marie. François Malterre, ayant vendu son pré à Poulignac sans avoir offert l'échange à ses sœurs, en redevint propriétaire le 24 janvier 1824 Marie Malterre, épouse Gouyon, ayant acquis les droits de sa sœur, actionna François Malterre et Poulignac en réalisation de l'échange prévu par la clause du partage. Le 11 août 1837, le tribunal d'Aubusson rejeta la demande en déclarant la clause nulle comme portant atteinte au droit de libre disposition du propriétaire. La Cour de Limoges n'admit pas cette manière de voir et, après avoir déclaré la convention pleinement valable, condamna Malterre à faire l'échange dans les conditions prévues à l'acte de partage en respectant les droits consentis à des tiers de bonne foi, ou à payer des dommages-intérêts en cas d'inexécution.

Cette convention tient le milieu entre la préférence en vue de la vente et la préférence en vue de l'échange. D'une part, le promettant n'est pas tenu de conclure la vente avec les bénéficiaires du pacte. D'autre part, l'obligation ne prend pas naissance quand le promettant se dispose à échanger son bien. Cependant c'est bien là

1. Limoges, 1^{er} juillet 1840, S. 1841.II.8; D. P. 1841.II.87.

un pacte de préférence, à cause de l'existence des deux traits fondamentaux de cette convention : l'existence d'une condition suspensive, où la volonté du promettant joue un rôle important, mais non exclusif; le caractère de promesse de contrat qui fait obstacle à la naissance d'un droit réel au profit du bénéficiaire. Il est bon de remarquer à ce propos que, selon la Cour, le refus de François Malterre ne pourrait être suppléé par un jugement, même si aucun droit consenti à des tiers ne s'opposait au transfert de propriété: «Attendu qu'il y a lieu de prévoir le cas où, par suite de droits acquis à des tiers, ou *par le refus de Malterre* l'échange ne pourrait avoir lieu ». Cette solution peut s'expliquer par l'interprétation ancienne de l'art. 1142 C. civil qui considérait l'obligation de faire comme devant toujours se résoudre en dommages-intérêts, alors que l'exécution en nature serait possible, malgré la mauvaise volonté du débiteur. Cette solution ne serait plus admise aujourd'hui où l'on considère que l'obligation de passer un contrat dont les stipulations principales sont déjà fixées n'exige pas un fait exclusivement personnel au débiteur, qu'il ne saurait être contraint d'accomplir.

Le pacte de préférence peut aussi prévoir le cas de l'apport en société. Par exemple, un locataire commerçant a intérêt à ce que l'immeuble qu'il occupe ne soit pas non plus transmis sous forme d'apport à une Société exerçant le même commerce que lui. Parfois, en vue de fixer le sort des biens de la société en cas de dissolution prématurée, les statuts ou des accords ultérieurs décident que les biens seront apportés à telle société de préférence, si elle offre des avantages équivalents. Il faut distinguer toujours l'apport en pleine propriété de l'ap-

port en jouissance; la préférence fonctionnera, il est vrai, de la même façon dans les deux cas, mais les droits de la société sur l'objet apporté seront différents. Si le pacte parle d'apport en société, sans donner d'autres précisions, le bénéficiaire pourra exercer son droit, quels que soient ceux accordés sur l'objet apporté. Car rien ne permet *a priori* de considérer l'une de ces deux formes comme celle à laquelle les parties ont exclusivement songé.

La seule difficulté spéciale qui se présente est celle de savoir, étant donné le nombre assez grand des clauses des statuts, si une seule stipulation différente enlève au bénéficiaire le droit d'exiger la conclusion du contrat. Si l'on applique strictement les principes, il faut se prononcer pour l'affirmative. Car si le bénéficiaire ne remplit pas exactement toutes les conditions qui lui ont été imposées, son droit n'existe pas. Cependant, s'il suffit d'une seule clause, même la plus insignifiante, pour l'empêcher d'en profiter, il serait vraiment trop facile au promettant de se débarrasser de ses promesses. Il y a donc là une question de bonne foi qui ne peut s'apprécier qu'en fonction des circonstances. Toutefois l'on peut dire que, si le titulaire de la préférence demandait un rendez-vous pour s'entendre avec le promettant sur la clause litigieuse, ce dernier devrait accéder à ce désir, et attendre, pour former la société, d'avoir discuté la question avec le bénéficiaire.

Ici se termine l'étude des particularités du pacte en vue de contrats translatifs de propriété. Cette étude a permis de mieux connaître les avantages et les faiblesses de cette convention, ainsi que les mesures qu'il conviendrait de prendre pour les faire disparaître. Si, dans le

pacte en vue de contrats non translatifs de propriété, on peut espérer que la convention conclue au mépris de la préférence prendra fin, le bénéficiaire, toutefois, ne dispose pas de moyens plus efficaces pour faire respecter son droit.

CHAPITRE II

PREFERENCE POUR LA LOCATION D'IMMEUBLES

La préférence se conçoit très facilement en matière de louage. Si la rareté des appartements semble devoir favoriser la formation d'une telle convention, les dispositions impératives sur la fixation du prix des loyers entraînent les propriétaires à accorder une préférence de pur fait à ceux qui offrent des avantages pécuniaires réalisés sous de multiples formes. Les deux décisions de jurisprudence que nous aurons à signaler sont très différentes l'une de l'autre, non seulement par la question à trancher, mais surtout par la législation qu'elles mettent en jeu. Dans l'une, les tribunaux n'ont à leur disposition que les principes généraux du Code civil français; dans l'autre, le Code civil allemand et les diverses lois d'Empire sur le régime foncier admettent dans une plus large mesure l'efficacité du pacte à l'égard de certains tiers. Ce dernier cas nous fournira des suggestions intéressantes et montrera, dans un cas particulier fort délicat, les modifications à apporter utilement aux rapports des ayants cause particuliers avec leur auteur.

La première en date des décisions de jurisprudence sur le pacte de préférence en vue du louage d'immeubles concerne la réalisation du droit concédé au bénéficiaire. Elle impose à ce dernier de remplir certaines formalités pour invoquer son droit à l'encontre des tiers. Les circonstances de l'affaire offrent un grand intérêt et, si le principal motif est parfaitement exact, l'application qui en est faite n'est pas à l'abri de toute critique.

Dans un bail sous-seings privés du 5 février 1883 Mme Petit avait donné en outre à M. Pécatte, son locataire, un droit de préférence pour la location d'un appartement alors occupé par Mme Lesueur, dans le cas où cette dame cesserait de l'occuper. Mme Lesueur étant morte en 1891, Pécatte se mit en possession du logement. A la mort de Mme Petit, survenue quelque temps après, Mme Ledouche lui succéda. C'est alors que les époux Desoile, créanciers de Mme Ledouche, firent saisir et vendre l'immeuble et s'en rendirent acquéreurs; contestant à Pécatte le droit d'occuper l'ancien logement de Mme Lesueur, ils l'assignèrent en référé pour expulsion. Une ordonnance du président du Tribunal autorisa son expulsion des locaux autres que ceux compris dans le bail de 1883 et il fut expulsé d'une partie des locaux, objets de la contestation. La Compagnie des Tramways à vapeur de Paris à Saint-Germain, s'étant maintenue dans les lieux en vertu d'un bail sous-seings privés consenti par Pécatte le 30 septembre 1890, fut assignée en référé et une ordonnance du 4 décembre 1891 décida son expulsion. La Cour de Paris, saisie d'un appel contre ces ordonnances, les confirma par un arrêt du 5 juillet 1892¹.

1. C. de Paris, 5 juillet 1892, *Le Droit*, 31 juillet 1892.

Parmi les nombreux motifs invoqués par la Cour à l'appui de son arrêt, un seul est vraiment décisif, c'est celui tiré de l'art. 1743 qu'elle formule ainsi : « Attendu que la prétendue convention dont s'agit (celle accordant le droit de préférence) ne serait pas opposable aux adjudicataires conformément aux termes de l'art. 1743 Code civil puisqu'elle n'a pas date certaine. » En effet, l'article 1743 n'impose que le respect des baux consentis avant l'acquisition et ayant date certaine avant celle-ci. N'ayant pas constaté par écrit son accord avec la propriétaire au sujet du local, autrefois occupé par Mme Lesueur, Pécatte ne peut pas opposer à l'acquéreur le droit purement personnel qu'il avait contre le propriétaire qui lui avait consenti la préférence. Le bail du 5 février 1883 avait bien acquis date certaine par la mort de Mme Petit, avant l'acquisition faite par les époux Desoile, mais la clause de cet acte sous-seings privés ne constituait pas un bail conditionnel. La Cour, en effet, déclare avec raison, par interprétation de la volonté des parties, que « la propriétaire n'a ainsi aliéné que la faculté de louer à un autre, conservant celle de ne pas louer du tout ». Cependant, il n'est pas exact de prétendre que la convention nouvelle entre Pécatte et Mme Petit pour les nouveaux locaux occupés par Pécatte ne soit pas démontrée puisque ce dernier, usant du droit de préférence à lui consenti par un bail écrit, s'était mis en possession des locaux litigieux, il y avait donc eu commencement d'exécution et Mme Ledouche y avait consenti en ne protestant pas contre l'installation de Pécatte dans l'appartement de Mme Lesueur. Mais si cela suffisait pour l'exécution de la préférence et la validité du bail entre les parties, cet

accord ne pouvait être opposé à des tiers, étrangers à de telles conventions et que l'on ne saurait trop protéger contre les fraudes. De plus, une considération pratique prépondérante a entraîné probablement la conviction de la Cour : comment fixer la durée de ce bail ? Si on admettait, ce qui serait parfaitement logique, que le louage consenti pour le nouvel appartement était fait à durée indéterminée, le résultat pratique serait sensiblement le même puisque les époux Desoile pourraient contraindre Pécatte à quitter les lieux, par la signification de la résiliation du bail en observant le congé d'usage.

Cependant, il ne faudrait pas tirer de cet arrêt des conclusions trop rigoureuses. Une procédure, analogue à celle indiquée en matière de contrats translatifs de propriété, suffirait pour que le locataire bénéficiaire de la préférence puisse opposer son droit à un acquéreur. Le propriétaire ayant notifié, par acte extra-judiciaire, les conditions du bail projeté avec un tiers, et l'acceptation du bénéficiaire lui étant parvenue dans le délai fixé par la convention de préférence, l'accord des parties deviendra opposable au nouvel acquéreur, pourvu que l'enregistrement des deux exploits ait eu lieu avant que le transfert de propriété ait acquis date certaine. Il n'est donc pas nécessaire que les parties aient rédigé un bail dans la forme ordinaire d'un seul écrit contenant les deux signatures. Si le bail avait une durée supérieure à dix-huit ans, il faudrait en outre que les deux exploits soient transcrits avant l'acte d'acquisition.

Il faut noter que la location de l'objet du pacte à un tiers, sans avertir le bénéficiaire, ne constitue qu'un

obstacle temporaire par définition. En effet, la durée en peut être plus ou moins longue; néanmoins, le retour aux mains du propriétaire est plus sûr qu'à celles d'un vendeur. Il y aurait donc lieu à une indemnité moratoire au cas où le promettant aurait manqué à son obligation. Mais la préférence subsisterait pendant trente ans à partir du contrat avec le tiers et, au moment où la location fautive prendrait fin, le bénéficiaire devrait accepter, pour exercer sa préférence, les offres actuellement faites par des tiers et agréées par le propriétaire. Cependant, si celui-ci était peu solvable ou si la culpabilité était particulièrement grave, le Tribunal pourrait, en guise de réparation, le condamner à passer bail au bénéficiaire pour la durée et moyennant le prix fixé au tiers avec qui il avait traité la première fois au mépris du pacte. Toutefois, actuellement, avec la législation spéciale des loyers, il peut s'écouler beaucoup de temps avant que le propriétaire retrouve la libre disposition de son immeuble; le bénéficiaire fera donc mieux de demander une indemnité compensatoire.

La préférence en vue du louage d'immeubles a été récemment l'objet de décisions judiciaires rendues par des tribunaux d'Alsace-Lorraine, faisant application des lois allemandes demeurées en vigueur dans les provinces recouvrées. Si la différence de législation s'oppose à la généralisation immédiate, pour les territoires de la France d'avant 1914, des solutions admises par l'arrêt du 15 octobre 1929 analysé ci-dessous, l'étude des circonstances de l'espèce facilitera l'orientation des conceptions françaises vers des solutions plus équitables. Il s'agissait dans cette affaire de savoir si le renouvellement d'un bail aux mêmes conditions,

que le précédent constituait l'exercice de la préférence consentie au locataire par le bail primitif. Mais ce qui importait le plus, c'était de préciser si l'adjudicataire de l'immeuble était tenu d'observer la clause de préférence consentie par le précédent propriétaire. Cette seconde question nous permettra un rapprochement fructueux avec l'arrêt de la Cour de Paris du 5 juillet 1892.

Par bail du 5 avril 1906, les époux Kühlen et Ketzinger accordaient au brasseur Amos, leur locataire, à l'expiration du bail un droit de préférence pour la relocation de l'immeuble pendant cinq ans. Le bail ayant pris fin le 1^{er} juillet 1921, les bailleurs prolongèrent ses effets jusqu'au 1^{er} octobre 1924 en le renouvelant aux conditions de l'ancien. Mais, le 28 novembre 1922, l'immeuble vendu aux enchères pour mettre fin à une indivision fut acquis par les époux Mutelet et, à l'expiration en octobre 1924 d'une sous-location consentie par la brasserie Amos, le sieur Mutelet le fit occuper par un tiers avec qui il passa un nouveau contrat de bail. La brasserie Amos, prétendant que la relocation aurait dû être faite à elle-même, demanda au Tribunal de Metz, par assignation des 10 octobre et 6 décembre 1928, de condamner Mme Mutelet, aux droits de son mari décédé, à lui payer 30.000 francs à titre de dommages-intérêts. Le Tribunal, par jugement du 2 mai 1929, débouta la demanderesse de ses prétentions. Sur appel, la Chambre de la Cour de Colmar, détachée à Metz¹, infirma le jugement et admit le principe de la réparation à la charge de la défenderesse, avec renvoi

1. C. de Colmar (Chambre détachée à Metz), 15 octobre 1929, *Revue juridique d'Alsace-Lorraine*, 1929, p. 549 et suiv.

au Tribunal pour fixation exacte des dommages-intérêts.

Les motifs invoqués à l'appui d'une telle solution sont groupés sous deux chefs d'inégale importance. D'une part, en effet, la Cour réfute, immédiatement et conformément à une interprétation exacte de la volonté des parties, l'objection voyant dans le renouvellement du bail l'exercice de la faculté de préférence. Après avoir rappelé les termes mêmes de la clause, et déclaré que le preneur obtiendra, s'il le demande, la location aux conditions déjà acceptées par le tiers, elle en conclut « que le droit de préférence ne pouvait jouer que si, à l'expiration du bail en cours, le propriétaire concluait, sous réserves, un nouveau bail avec un tiers. » Comme il n'avait pas été question, lors du renouvellement, d'un autre locataire éventuel, la condition fondamentale pour l'exercice de la préférence, l'existence d'un concurrent, n'avait pas été réalisée et le droit du bénéficiaire n'était donc pas né. D'ailleurs, la passation de l'acte de 1921, aux mêmes conditions que l'ancien bail, faisait naître un nouveau droit de préférence s'exerçant seulement à partir de l'expiration du bail renouvelé. Une telle argumentation est parfaitement logique et trouve sa justification dans les circonstances de l'espèce. Le bon sens est d'accord avec le droit pour dire qu'il ne peut y avoir de préférence quand il n'y a qu'un seul amateur pour la location du bien.

D'autre part, la Cour, constatant qu'il s'agit d'une vente pour sortir d'indivision impose, en vertu de la loi locale des 24 mars 1897 et 20 mai 1898 sur l'expropriation forcée, à l'adjudicataire le respect des baux consentis par les propriétaires précédents et de toutes

les clauses de ceux-ci, notamment du droit de préférence. Cette solution s'appuie sur les articles 57 et 185 de la loi précitée dont le premier spécifie expressément que « l'adjudicataire a à respecter les baux dont est grevé l'immeuble, pourvu que le preneur soit en possession des lieux loués », et dont le second déclare que « l'adjudicataire, en cas de licitation, doit respecter le bail dans toute son intégrité ». Il en résulte que l'adjudicataire, auteur de la défenderesse, n'ayant pas donné avis du bail projeté à la brasserie Amos, a contrevenu aux stipulations du bail et qu'une condamnation en dommages-intérêts doit être prononcée contre lui, ou ses ayants cause, s'il est décédé. L'application faite par la Cour des textes précités ne soulève aucune critique car leur sens n'est nullement dénaturé et la solution adoptée en découle inévitablement.

La comparaison de cet arrêt avec celui de la Cour de Paris offre un vif intérêt. Dans les deux cas, se trouvaient opposés l'adjudicataire et le bénéficiaire d'un pacte de préférence. Cependant, la question posée était différente : en 1892 il s'agissait de savoir si le bénéficiaire du pacte, en possession des locaux visés par la préférence, pouvait s'y maintenir en vertu d'un simple accord tacite; en 1929 il fallait décider si l'adjudicataire, louant à un autre que le bénéficiaire, était tenu d'avertir celui-ci en vertu de la clause d'un bail consenti par son auteur. Les deux solutions manifestent une contrariété véritable des principes appliqués à la matière. Car, si l'adjudicataire qui a loué au mépris du pacte doit payer des dommages-intérêts, il serait illogique de l'autoriser à expulser le bénéficiaire occupant les lieux soumis à préférence en vertu d'un bail

consenti par le précédent propriétaire. La divergence de législation explique tout naturellement une opposition. Mais, en dehors de cela, il y a lieu de remarquer que l'adjudication au profit des époux Mutelet avait pour but de sortir de l'indivision, tandis que celle au profit des époux Desoile était la conséquence d'une procédure d'exécution forcée contre le précédent propriétaire. Dans ce dernier cas, la législation allemande accorde à l'acquéreur de l'immeuble un droit de dénonciation anticipée des baux grevant l'immeuble.

En résumé, selon une interprétation raisonnable de la jurisprudence sur l'article 1743 Code civil, la distinction entre les ventes pour exécution forcée et les autres ventes n'a aucune valeur juridique pour déterminer l'efficacité d'un bail à l'encontre d'un acquéreur de droit privé. La seule question est de savoir si le bail a acquis date certaine, soit avant le commandement précédant la saisie immobilière, soit avant l'aliénation. Si le bail a acquis date certaine avant cette époque, il doit être respecté par l'acquéreur, ainsi que le pacte de préférence qui y est contenu. Mais cette protection ne joue pas quand cette convention intervient à titre principal sans être insérée dans un bail ou dans un contrat soumis à transcription. A une époque de rareté des appartements, il serait cependant désirable de voir assurer, d'une manière plus complète, l'exécution d'une convention tendant à freiner la hausse clandestine des loyers.

TITRE V. -- DROIT COMPARÉ

Il est bon, avant de s'occuper de la préférence pour les meubles d'examiner le droit positifs des Etats européens qui établissent des règles spéciales à cette clause. Les législations de l'Orient et de l'Extrême-Orient s'éloignent trop des conceptions juridiques occidentales pour que nous puissions en tirer des indications propres à améliorer les résultats actuellement acquis. De plus, même parmi les législations européennes, toutes ne seront pas l'objet d'un examen même succinct. En dehors, bien entendu, des pays où le Code Napoléon est encore en vigueur et n'a pas été complété sur ce point, d'autres gardent le même silence que lui et ne dérogent en rien, quant au pacte de préférence, aux principes généraux posés pour toutes les conventions.

Une remarque s'impose, avant toute étude des dispositions particulières adoptées par chaque pays : elles ne concernent que la préférence consentie en vue de la vente ou droit de préemption conventionnel. En général, la préférence en vue d'autres conventions ne fait l'objet d'aucune règle spéciale. Dans cette étude, les législations offrant des particularités seront divisées en deux groupes : dans le premier entreront les lois de pays latins et slaves : Suisse romande, Espagne et Monténégro;

dans le second, celles de pays germaniques : Allemagne, Autriche, Suisse allemande. Entre ces deux groupes, il y a des divergences assez sensibles au point de vue que nous envisageons. Mais, de curieux rapprochements sont à relever et parfois des combinaisons ingénieuses permettent de résoudre, tout en respectant le droit de chacun, des difficultés très réelles. Ce sont surtout les codes germaniques qui ont posé une réglementation détaillée du droit de préemption et de ses effets. Les autres législations se bornent à quelques indications de détail sur le fonctionnement de la préférence qui présentent, malgré leur brièveté, beaucoup d'intérêt. De la comparaison des diverses règles en vigueur peuvent sortir des remarques fécondes pour le perfectionnement des sanctions du pacte. Un tel résultat, que les études de droit comparé permettent souvent d'obtenir, témoignera de l'utilité de cette brève incursion dans le domaine des législations étrangères.

CHAPITRE PREMIER

LEGISLATIONS LATINES ET SLAVES

Le premier groupe de législations qu'il nous faut examiner maintenant ne retiendra pas longtemps notre attention. Car il n'en comprend que trois et, parmi celles-ci, une seule s'occupe avec quelque développement du droit de préemption : c'est le code civil des biens privés du Monténégro, dont nous étudierons un peu plus loin les 3 articles consacrés à la préemption.

Le Code civil espagnol, qui date de 1889, ne parle pas de la préemption proprement dite. Il réglemente le pacte de rachat identique au réméré du droit français. Il organise, sous le nom de retrait légal, une faculté analogue à la préemption, mais qui s'en distingue nettement par la possibilité d'évincer le tiers acquéreur, même de bonne foi, et ne résulte pas de l'accord des parties. La préemption peut être stipulée par la convention des parties et, dans ce cas, elle reste soumise aux principes généraux des obligations qui l'empêchent d'avoir un effet aussi énergique que le retrait légal.

Le Code fédéral suisse, plus récent encore, renvoie au droit cantonal pour tout ce qui concerne la vente des immeubles. C'est en raison de ce fait qu'il ne sera question maintenant que de la Suisse romande et italienne.

La plupart des cantons autorisent les promesses de vente notariées ou sous seings privés, qui se prescrivent par six mois ou un an. Mais aucune disposition spéciale ne concerne la préemption.

A l'encontre des codes précédents, celui du Monténégro mis en vigueur en 1888 consacre un développement important à la clause de préemption (art. 254 à 256 inclus du Code civil). Mais il n'envisage son existence qu'au profit d'un vendeur, à qui elle aurait été consentie par l'acheteur. Le bénéficiaire n'a qu'un délai très court pour exercer son droit. Il doit faire connaître, dans les deux jours qui suivent l'offre, si le bien est mobilier, dans la semaine, si le bien est immobilier, son intention de reprendre la chose aux conditions offertes par le tiers. Passé ce délai, il est déchu de son droit. La préemption doit être stipulée par écrit et, pour les immeubles, elle doit être régulièrement ratifiée par le tribunal, qui l'inscrit sur le registre foncier.

Si l'acheteur vend la chose au mépris du droit, le vendeur peut la reprendre en remboursant au nouvel acheteur le prix que ce dernier a payé. Mais le vendeur ne peut exercer ce droit que si le nouvel acheteur a connu, au moment de la vente, l'existence du droit. Si l'exercice de la préemption est devenu impossible par la faute du promettant, le bénéficiaire pourra réclamer des dommages-intérêts. Enfin, une limite maxima est fixée à la durée de la clause de préemption. Le droit ne peut pas durer plus de cinquante ans à partir de la conclusion du contrat et l'accord des parties ne pourrait stipuler un plus long délai. Si elles n'ont fixé aucun délai, le droit s'éteindra au bout de trente ans.

Ces dispositions ne diffèrent guère des solutions ad-

mises par la jurisprudence française. Un seul point s'en écarte. C'est la fixation d'un délai maximum pendant lequel la volonté de vendre doit se manifester. En droit français les parties sont libres de fixer un délai quelconque pour la réalisation de la condition. La nécessité d'un écrit ne constitue pas une véritable différence; l'écrit en France n'est pas, il est vrai, nécessaire à la validité, il est toutefois indispensable pour la preuve.

CHAPITRE II

LEGISLATIONS GERMANIQUES

Les législations germaniques formulent en général un plus grand nombre de règles. Mais ce n'est pas le cas de toutes et notamment des cantons de la Suisse allemande. Dans les Codes du groupe bernois, la clause de préemption est interdite, ainsi que toutes celles qui restreignent le droit de libre disposition de l'acheteur. La plupart de ceux du groupe zurichois ne renferment aucune disposition à ce sujet; seul celui de Zurich mentionne le pacte de rachat par préférence.

Le nouveau Code civil allemand, en vigueur depuis 1900, consacre à la préemption onze articles (B. G. B. art. 504 à 514), et la considère d'un point de vue plus général. Ce droit peut exister au profit d'autres personnes que le vendeur du bien et être consenti par tout propriétaire capable. Le bénéficiaire peut l'exercer aussitôt que l'obligé a conclu avec un tiers un contrat de vente sur cet objet. Pour cela, il doit déclarer à l'obligé son intention de s'en prévaloir et se substituer au tiers, quant aux stipulations de la vente. Les conventions qui subordonneraient la vente avec le tiers au non exercice du droit de préemption ou réserveraient au promet-

tant le droit de résilier la vente en cas d'exercice de la préemption sont nulles au regard du titulaire de la préemption. Cette dernière disposition, qui paraît quelque peu bizarre, signifie que le promettant est tenu de vendre au bénéficiaire, quand bien même il invoquerait la résiliation ou la condition pour prétendre qu'il n'avait pas vendu et que, par suite, le droit du bénéficiaire n'était pas né.

Il peut aussi se faire que, soit dans le but de faire échec aux droits du bénéficiaire, soit à cause de la nature de l'objet, son propriétaire le vende avec d'autres pour un prix d'ensemble. Dans ce cas, la loi permet l'exercice de la préférence, mais elle pose deux règles distinctes dont l'une est le complément de l'autre. Celui qui exerce le droit doit, pour acquérir l'objet visé, payer une part proportionnelle du prix total. Mais les circonstances peuvent être telles que la séparation du bien soumis au droit d'avec les autres choses, comprises dans la vente au tiers, cause un préjudice au vendeur. Alors, l'obligé pourra exiger que le droit s'exerce sur tous les objets dont la séparation d'avec le bien prévu lui serait préjudiciable. C'est une importante restriction apportée aux avantages du pacte. Par contre, d'un autre côté, le bénéficiaire sera favorisé au détriment de l'obligé. Si le tiers a promis une prestation accessoire que le titulaire du droit ne peut accomplir, ce dernier n'est tenu que d'en fournir la valeur. Cependant, si l'évaluation pécuniaire ne se conçoit pas pour cette prestation, le droit de préemption est alors exclu. Seulement, pour arriver à un tel résultat, il faut exiger des garanties de l'obligé : cette prestation accessoire ne sera pas prise en considération s'il est démontré que le contrat aurait été conclu avec le tiers, même sans

cette prestation. Les délais que le tiers aurait obtenus pour le paiement du prix ne sont applicables au titulaire de la préemption que s'il fournit des sûretés. Ces dernières ne sont pas nécessaires pour les immeubles, dans la mesure où le prix impayé est encore garanti, directement ou indirectement, par une hypothèque inscrite sur l'immeuble. Afin d'éviter les difficultés suscitées par la substitution d'une personne à une autre dans un contrat régulièrement formé, la loi impose à l'obligé de porter immédiatement à la connaissance de l'ayant droit les clauses du contrat projeté par lui avec le tiers. A partir de la réception de cette notification, le titulaire a deux mois pour se prononcer s'il s'agit d'immeubles et la huitaine, s'il s'agit d'autres objets. Des délais différents peuvent être convenus entre le titulaire et l'obligé.

Certaines circonstances rendent difficiles l'exercice de la préemption, sans toutefois constituer un obstacle insurmontable. En le supprimant dans ces circonstances spéciales, le législateur s'est proposé de couper court à toute difficulté. De plus, il a voulu éviter qu'un préjudice sérieux soit porté aux droits de créanciers purs et simples. Pour toutes ces raisons, le Code exclut la préemption quand la vente a lieu par voie d'exécution forcée ou par l'intervention d'un syndic de faillite. Le bénéficiaire ainsi évincé viendra prendre part aux enchères, si l'acquisition présente pour lui un intérêt notable et, de cette manière, il contribuera à la fixation d'un prix plus élevé. Au contraire, s'il avait pu exercer son droit de préemption pour le montant de la plus forte enchère, il ne serait pas intervenu dans la détermination du prix qui n'aurait sans doute pas atteint un niveau aussi élevé. D'autre part, malgré le caractère d'*inuitus personae* de ce

droit du côté du bénéficiaire, il peut arriver que l'obligé, malgré sa promesse, ait de bons motifs de préférer un tiers au titulaire de la préemption. C'est pour cela que l'art. 511 décide qu'en cas de doute sur l'intention des parties, le droit ne s'étend pas à une vente faite à un héritier légitime eu égard à un droit de succession future. Une telle solution est tout à fait équitable, car le vendeur accordera, le plus souvent, à son héritier, des conditions exceptionnellement favorables dont il ne voudrait pas faire profiter le bénéficiaire de la préemption. En effet, le vendeur, quoique ne voulant ou ne pouvant pas faire à son héritier une libéralité totale, est désireux, la plupart du temps, de le gratifier dans la mesure de ses moyens. C'est cette intention que le législateur présume en refusant la préemption, si la volonté des parties à cet égard n'est pas claire.

Enfin, la loi s'efforce de diminuer les inconvénients de la préemption en limitant sa transmission. En principe, le droit est incessible et ne passe pas aux héritiers, sauf convention contraire. Comme il n'y a pas de fixation d'une durée maxima pour la réalisation de la vente, l'obligation pèserait indéfiniment sur tous ceux qui recueilleraient dans la suite des temps le bien à titre héréditaire, jusqu'au moment où il serait vendu ou aliéné entre vifs à titre gratuit. Mais, si cet inconvénient disparaît, c'est-à-dire si le droit est limité à un laps de temps déterminé, il est réputé dans le doute être héréditaire. Il est, en effet, naturel de penser que les parties ont, en fixant une durée ferme, voulu assurer tout ce temps à la manifestation de la volonté de vendre, et stipulé indirectement la transmission héréditaire du droit s'il venait à s'ouvrir pendant le délai, après le décès du

titulaire originaire. Mais, pour que le droit puisse être transmis entre vifs, il faut une disposition claire et formelle de la convention accordant la préemption. Comme la transmission n'est pas prohibée d'une manière absolue, et qu'elle peut se produire sans que les parties l'aient expressément stipulée, il est indispensable que la loi pose quelques principes à cet égard, car des difficultés se présenteraient au cas où le bénéficiaire laisserait plusieurs héritiers. Pour éviter toute contestation avec l'obligé, le Code décide que, quand le droit appartient conjointement à plusieurs personnes, il ne peut être exercé qu'en bloc. Par conséquent, s'il est éteint pour l'une d'elles ou qu'elle ne l'exerce point, les autres ont la faculté de l'exercer pour le tout (art 513). Ainsi, tous les intérêts sont respectés et nulle personne n'est tenue de participer à une opération qu'elle juge inutile ou néfaste, sans pour cela empêcher les autres de s'en prévaloir, s'ils y trouvent quelque avantage.

Le Code autrichien de 1812 contient également des dispositions très détaillées sur le droit de préemption. Il suffira de noter les divergences existant entre lui et le nouveau code allemand. Comme la plupart des législations analysées et, à l'encontre du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand, il considère la clause comme existant seulement entre un acheteur et son vendeur, au profit de ce dernier et c'est à propos de la vente qu'il en traite, de l'art. 1072 à l'art. 1079 inclus. Le droit du bénéficiaire n'est qu'un droit de créance; cependant, il peut se transformer en droit réel, quant aux immeubles, par une inscription sur le registre foncier. Lorsque le droit du bénéficiaire s'ouvre, ce dernier, sous peine de déchéance, doit l'exercer pour les objets mobiliers dans les

24 heures, pour les immeubles dans les trente jours à dater de l'offre. Ces derniers délais sont notablement plus brefs que ceux prévus par le Code allemand et ce résultat est plutôt curieux. Un peu court pour les objets mobiliers, en revanche le délai est plutôt long pour les immeubles. Avec les moyens de communication et d'information modernes, ce délai pourrait être réduit sans aucune difficulté et ramené à vingt jours.

Comme l'obligé ne fixe pas de prix pour mieux marquer que le promettant ne peut être forcé à la vente et afin de profiter des plus-values qui peuvent se produire entre la conclusion du pacte et l'aliénation faisant naître le droit du titulaire, l'ayant droit est tenu de payer, pour reprendre la chose, l'intégralité du prix offert par un tiers. Mais les parties peuvent y déroger par un accord de volonté contraire. En outre, dans le cas où le titulaire est dans l'impossibilité de remplir les conditions accessoires offertes par le tiers, à la différence du droit allemand, la loi autrichienne ne distingue pas si ces prestations accessoires sont ou non susceptibles d'une évaluation pécuniaire. Que l'obligé ait été ou non disposé à conclure avec le tiers en l'absence de ces avantages, le droit de préemption disparaît. De plus, une stipulation expresse doit intervenir pour que la préférence soit étendue à un autre mode d'aliénation que la vente. La loi allemande ne contient aucune disposition spéciale analogue à celle-ci. Mais elle admet implicitement la même solution en vertu des principes généraux sur l'interprétation des conventions. Enfin, en cas de vente par autorité de justice, une légère divergence sépare les deux législations. Tandis que le Code allemand supprime totalement le droit de préemption, le Code autrichien oblige ceux qui

poursuivent la vente à notifier spécialement celle-ci à l'ayant droit dûment inscrit. Cela peut rendre service à ce dernier et, s'il se décide à y assister, cela profitera aux poursuivants en faisant monter le prix du bien vendu.

La sanction est la même qu'en droit allemand : si le promettant néglige d'offrir au titulaire l'achat de la chose, des dommages-intérêts compensatoires devront être payés par l'obligé. Mais ce dernier peut être insolvable et, dans ce cas, la réparation est illusoire. Toutefois, un recours est ouvert au titulaire contre le tiers acquéreur, s'il a fait inscrire son droit sur le registre foncier. Dans ce cas seulement, la revendication par le titulaire sera donnée contre celui qui a acquis le bien soumis à la préemption, et celui-ci pourra être tenu de restituer les fruits et d'accomplir toutes les obligations d'un détenteur de mauvaise foi, si les circonstances démontrent qu'il a connu le droit du bénéficiaire. Cette solution est tout à fait équitable et résulte logiquement du système du livre foncier, qui assure ainsi, d'une manière plus complète que la transcription, l'exécution des obligations relatives à des immeubles.

La principale différence qui sépare les deux réglementations du droit de préemption apparaît à propos de la transmission de ce droit. Dans le système allemand, si la transmission du droit au profit des héritiers n'a lieu de plein droit que dans le cas où la préemption a été limitée à un laps de temps déterminé, il est loisible aux parties de stipuler expressément cette transmission dans d'autres cas, ainsi que de permettre au titulaire de le céder entre vifs. Le droit autrichien, au contraire, interdit d'une manière complète tout transfert du droit

entre vifs ou par décès. C'est une conséquence trop rigoureuse et nullement nécessaire du caractère d'*intuitus personae* qui existe seulement à l'encontre du bénéficiaire. La solution allemande est beaucoup plus équitable, même si l'on met à part la présomption de transmission. Car, si la considération de la personne explique le plus souvent une telle convention, le changement dans la personne du titulaire n'est cependant pas de nature à causer un préjudice au promettant. Le bénéficiaire, en effet, doit accepter les conditions offertes par le tiers et les garanties appartenant au vendeur non payé le protègent contre l'insolvabilité ultérieure de l'acquéreur. D'ailleurs, le désir de limiter la durée de ce droit a pu également inspirer une telle disposition. Mais, pour atteindre ce résultat, il valait mieux adopter un système analogue à celui du Code Monténégrin et fixer un nombre d'années maximum pendant lequel la réalisation d'une vente fera naître la préemption.

Pour terminer cet exposé de la législation autrichienne, il faut noter qu'elle ne pose aucune règle au cas de vente de l'objet de la préemption avec d'autres pour un prix d'ensemble, ainsi que pour les délais de paiement consentis au tiers. Elle s'en remet sur ce point à l'intention des parties exprimée dans la convention ou résultant implicitement de celle-ci. Ce n'est pas là une lacune bien grave, car les contractants ont toute liberté pour y remédier et, à défaut de déclarations expresses de leur part, la nature de la convention de préemption et l'équité suffisent aux juges pour donner une réponse adaptée aux besoins de la pratique.

CHAPITRE III

COMPARAISON DES LEGISLATIONS

Maintenant que notre rapide voyage à travers quelques législations européennes est terminé, une comparaison s'impose avec la construction bâtie à l'aide des solutions de la jurisprudence française. Nous sommes obligés de nous exprimer ainsi parce qu'en droit français aucune disposition spéciale des lois civiles ne s'occupe de la préemption d'une manière générale, alors que les lois germaniques lui consacrent de huit à onze articles. Cette comparaison révèle immédiatement plusieurs différences fondamentales. En premier lieu, dans notre droit, la préemption n'a jamais un effet réel, au contraire toujours personnel, même quand le bénéficiaire l'exerce à l'encontre d'un acquéreur de mauvaise foi. Au contraire, dans les deux principales législations germaniques, comme dans le droit monténégrin, le titulaire évince normalement le tiers acquéreur, même de bonne foi, si la clause a fait l'objet des mesures de publicité prescrites par les lois. En second lieu, selon les codes germaniques, la transmission entre vifs ou par décès de la préemption est exceptionnelle, parfois même totalement interdite. Le droit français, au contraire, regarde cette transmission comme normale et il exige une stipu-

lation expresse des parties ou des circonstances particulières pour écarter cette transmission. En outre, parmi les obstacles à l'exercice de la préemption, deux points doivent faire chacun l'objet de remarques particulières. Tout d'abord, certaines ventes qui exigent des formalités particulières : vente par autorité de justice, selon la formule autrichienne, vente par voie d'exécution forcée ou par un syndic de faillite, selon la formule allemande qui semble plus restrictive, excluent, en vertu de dispositions expresses de ces lois, l'exercice de la préemption. En France, l'exclusion serait implicite mais les tribunaux ne sont pas encore nettement fixés sur ce point et, si cette manière de voir triomphait, elle s'appliquerait à un cas non prévu par la législation allemande : la vente des biens des incapables du promettant. Ensuite, le Code civil allemand s'oppose, en cas de doute, à l'exercice du droit quand la vente est faite à un héritier légitime, eu égard à un droit de succession future. En droit français, la question n'a pas encore servi de matière à la jurisprudence. Il est fort probable que la solution donnée s'inspirerait surtout des circonstances et que le tribunal rechercherait d'abord quelle a pu être l'intention des parties à ce sujet. Mais, si cette intention demeurerait incertaine, il est à peu près sûr qu'elle accorderait au bénéficiaire l'exercice de son droit. Car, du moment que le projet de vente fait naître l'obligation du promettant et que la convention ne fait pas de réserve pour ce cas, la préemption doit fonctionner, à moins qu'un obstacle de fait, ou légal, ne s'y oppose.

Enfin, sur la question de l'identité des stipulations de la vente au titulaire et de celle au tiers, qui a une grande importance pratique pour l'exercice de la pré-

emption, les conceptions françaises et germaniques s'opposent toutefois avec moins de netteté. Car ce point relève, en droit français, uniquement du pouvoir quasi-souverain des juges du fond et ces derniers n'ont guère eu jusqu'ici l'occasion d'exprimer leur opinion. Malgré ces causes d'incertitude, les principes généraux sur l'interprétation des conventions et la conception jurisprudentielle du pacte de préférence en matière de vente permettent de mesurer la distance qui sépare les solutions germaniques des solutions françaises. Dans l'opinion générale en France, la préemption est surtout envisagée comme la simple substitution du bénéficiaire au tiers qui a fait les offres transmises par le promettant. Il en résulte qu'à défaut de stipulations expresses de la clause de préemption, le bénéficiaire, pour exercer son droit, doit accepter intégralement toutes les conditions figurant dans les offres du tiers. Cependant, comme en droit allemand dans le cas de compréhension du bien soumis à la préemption dans une vente d'autres biens, la jurisprudence autorise le titulaire à exercer son droit sur le seul bien prévu par la clause, moyennant une part proportionnelle du prix. Mais il est fort probable qu'elle ne l'obligerait pas à l'exercer sur tous les objets qui n'en peuvent être séparés sans préjudice pour le promettant. Mais, à l'opposé du droit allemand, le bénéficiaire ne pourra exercer son droit, si, quoiqu'offrant le même prix, il n'est pas en mesure de fournir les prestations accessoires offertes par le tiers, que ces dernières soient ou non évaluables en argent. Tout cela d'ailleurs dépendra des circonstances et variera avec elles. Sur un point, cependant, la conception française est plus favorable au bénéficiaire que la conception alle-

mande. En cas de délais de paiement¹ obtenus par le tiers, le titulaire de la préemption en bénéficiera, et il ne sera tenu de fournir au vendeur aucune garantie spéciale, à moins que celui-ci n'en ait stipulé expressément du tiers. Le Code civil allemand, au contraire, oblige le titulaire de la préemption à donner des garanties dans la mesure où le prix impayé n'est pas assuré directement ou indirectement par une hypothèque sur l'immeuble. Cette différence s'explique tout naturellement par le fait que le vendeur d'immeubles a, en France, un privilège sur le bien vendu et qu'une telle garantie suffit à assurer son paiement.

De ce bref rapprochement des législations étrangères avec le droit positif français, il convient de dégager les améliorations à introduire dans notre organisation de la préemption. La première et la plus importante de toutes serait de donner au pacte de préemption, et aussi aux autres promesses de vente, un effet réel en organisant la publicité de ces clauses, en dehors des cas où elles sont insérées dans des actes soumis à transcription. L'intervention législative serait nécessaire, car l'interprétation exacte de la loi de 1855² n'autorise pas cette solution. La seconde, qui serait également fort utile, concerne la nécessité, actuellement presque absolue, pour le bénéficiaire d'accepter et de remplir toutes les obligations principales ou secondaires, assumées par le tiers. Là encore, il serait bon de fixer par une loi des principes moins rigides et d'adopter les solutions allemandes en cas de vente en bloc d'un groupe de biens

1. Chambre des Requêtes, 12 janvier 1926, S. 1926.I.183.

2. Voyez Cassation, 26 mai 1908, D. P. 1909.I.425 et la note de M. Percerou; S. 1909.I.327 et la note.

comprenant un bien soumis à préemption, et en matière de prestations accessoires du prix. Cependant, il serait regrettable de retirer aux tribunaux tout pouvoir d'appréciation et de ne pas laisser aux parties une certaine liberté de dérogation. A défaut de telles stipulations, le tribunal appliquerait les dispositions légales sans avoir à rechercher l'intention des parties lorsqu'elle n'aurait pas été clairement exprimée.

DEUXIÈME PARTIE

Le Pacte de Préférence en droit
commercial

Après avoir exposé les règles générales de fonctionnement du pacte de préférence portant sur les immeubles, la suite logique de cette étude nous amène à parler de la préférence consentie sur les meubles. Cette dernière forme est plus récente que celle sur les immeubles et il est possible d'en relever des exemples antérieurs à la rédaction du Code civil. L'utilité de telles clauses n'existe en effet que si le bien, dont l'acquisition est convoitée ou dont le recouvrement doit être assuré, présente par lui-même une importance réelle, pécuniaire ou morale, et, pendant fort longtemps, ce ne fut guère le cas des meubles. Le développement inouï des sociétés de capitaux au XIX^e siècle et, par voie de conséquence, la diffusion dans le public d'innombrables valeurs mobilières ont offert un champ particulièrement vaste à l'emploi de la clause de préférence et l'on n'a pas manqué d'utiliser fréquemment cette stipulation qui présente en cette matière des avantages particuliers. Il faut ajouter aussi que certains biens, classés par l'Ancien Droit à cause de leur importance parmi les immeubles, sont considérés par le Code civil comme des meubles. Enfin, des formes nouvelles de propriété ou, plus exactement, des droits spéciaux ont été accordés à l'auteur sur la reproduction et l'exploitation commerciale par autrui des manifestations de son génie individuel. L'on conçoit facilement, par exemple, que cet auteur s'engage d'avance à confier par préférence cette exploitation à une personne connue de lui, si cette dernière offre en outre les mêmes avantages que les tiers. Les inventions scientifiques

sont susceptibles de faire l'objet du pacte aussi bien que les créations littéraires ou artistiques.

Le champ de notre examen apparaît si vaste qu'il est nécessaire dès maintenant d'y mettre un peu d'ordre et de préciser certains points. D'abord, il y a lieu d'indiquer qu'en principe les mêmes règles doivent être appliquées à la préférence sur les meubles et à celle sur les immeubles. Nous nous bornerons donc à signaler les modifications de détail à apporter aux règles précédemment étudiées quand il s'agit de les appliquer à des contrats portant sur des meubles. Dans cette étude, deux divisions apparaissent fondamentales en raison de l'importance pratique des diverses clauses de préférence : la préférence en vue du contrat de société et celle en vue des autres contrats. L'étude de la préférence en vue du contrat de société se subdivise elle-même en deux parties : la préférence pour la souscription d'actions nouvelles et celle pour l'acquisition d'actions déjà existantes.

La préférence pour la souscription d'actions nouvelles se rencontre fréquemment dans la pratique, nous n'avons donc pu la passer sous silence. Toutefois, comme il ne reste guère à ajouter à la thèse magistrale de M. Jaufret : *Du droit de souscrire par préférence aux actions nouvelles*, après avoir renvoyé le lecteur à cette étude très nourrie, indispensable à connaître pour acquérir une vue complète sur le pacte de préférence, nous nous bornerons à noter dans la conclusion de notre travail quelques remarques qui nous ont paru intéressantes.

LIVRE I

Préférence dans la transmission d'actions anciennes

En raison du volume croissant des capitaux nécessaires à la fondation et à la bonne marche d'une entreprise, les sociétés de personnes tendent à disparaître; par contre, certains de leurs caractères particuliers pénètrent dans l'organisation, plus moderne, des sociétés de capitaux. Notamment, la considération de la personne des associés prend parfois de l'importance et c'est elle qui a entraîné l'emploi de diverses clauses destinées à restreindre la cessibilité des actions, en particulier de la clause de préemption, application du pacte de préférence.

Notre étude traitera d'abord de l'utilité et de la formation des clauses de préemption, ensuite de leur organisation pratique et de leurs effets. Cela permettra de voir successivement à quelles conditions elles sont valables, quelles formes elles revêtent et quelle est leur efficacité pratique.

TITRE I. -- UTILITÉ ET FORMATION DES CLAUSES DE PRÉEMPTION

A la différence des sociétés de personnes, la considération de l'individualité d'un associé ou d'un futur associé se présente dans les sociétés de capitaux sous un aspect négatif. On cherche, en effet, plutôt à écarter certaines personnes jugées indésirables qu'à en faire entrer d'autres, dont la participation serait utile à la société. On peut d'ailleurs combiner les deux points de vue, mais la préoccupation d'éviter l'intrusion demeure prédominante, notamment quand on accorde le droit de préemption aux personnes désignées par le Conseil d'administration. C'est surtout dans la souscription des titres que se manifesterait le caractère positif de l'*intuitus personae* : on ne solliciterait de souscrire que les personnes dont l'entrée dans la société sera vue avec faveur par les fondateurs. La clause de préemption vise simplement à maintenir la composition primitive de la société et, de cette manière, à assurer la continuité dans son orientation.

Trois chapitres se partageront l'étude de la formation des clauses. Le premier sera consacré à la nature de la clause. Le second examinera la formation du pacte. Le troisième s'occupera de sa validité. Les fondements de la clause ainsi solidement établis, il ne restera plus qu'à examiner les diverses modalités de son fonctionnement.

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE CES CLAUSES

La préemption que nous étudions ici n'atteint que la forme la plus fréquente d'entrée dans la société : la transmission d'actions existantes. A ce propos, il y a lieu de se demander si la restriction imposée à la transmission de l'action ancienne s'étend, sans besoin de stipulation expresse, au droit de souscription qui peut, par la suite, lui être attaché. La réponse à cette question ne sera trouvée qu'après un examen complet de la nature de la clause.

Tout d'abord il est bon d'indiquer les motifs qui ont amené l'insertion de cette disposition dans les statuts de nombreuses sociétés. Ceux-ci procèdent de considérations très variées ; on peut les ramener aux quatre points de vue suivants : maintien du caractère familial de l'entreprise, prospérité de celle-ci, importance de la personnalité des actionnaires dans l'accomplissement du but de la société, conservation au profit d'un petit groupe des avantages de la prospérité sociale due aux qualités éminentes des fondateurs. Le maintien du caractère familial provient souvent de la valeur particulière qu'un nom connu attache à l'exploitation d'une marque ou d'un procédé de fabrication. Cela est fréquent dans l'industrie automobile, dans celle du meuble ou de l'alimentation.

Parfois aussi, il s'agit d'affaires appartenant exclusivement à un particulier et mises par lui en société dans le but d'éviter, à son décès, les hasards d'une licitation et les difficultés du partage. C'est un remède au partage forcé, mais on ne peut pratiquement l'employer pour toutes sortes d'entreprise, notamment pour les exploitations agricoles.

La prospérité de la société conduit également à assurer le maintien des titres dans certaines mains. Les concurrents pourraient, en effet, s'y introduire et entraver systématiquement l'activité de la société pour se rendre maîtres du marché. De plus, la stabilité des propriétaires du capital social, qui résulte de clauses de ce genre, est de nature à inspirer confiance aux tiers. C'est le cas des Banques, des compagnies d'assurances, et de toutes les sociétés dont l'existence comporte un fonds de garantie. De plus, cela constitue un moyen radical d'éviter la spéculation sur les titres, car leur transmission est rendue longue et difficile. Les sociétés d'études introduisent presque toujours cette clause dans leurs statuts, afin d'éviter la divulgation de leurs découvertes ou de leurs travaux. Pratiquement, les actions soumises à de telles restrictions ne sont pas cotées en Bourse.

La personnalité des actionnaires joue un rôle important dans de nombreuses sociétés; c'est le cas des groupements de personnes ayant pour but de promouvoir certaines conceptions ou de réunir des individus de formation analogue. De telles considérations se présentent surtout pour les sociétés propriétaires d'un théâtre, d'un journal, des locaux d'un cercle. Presque toutes les sociétés de ce genre emploient des stipulations de préférence.

Enfin, des entreprises originairement constituées en sociétés par intérêts, à la suite d'un développement prodigieux dû aux qualités hors de pair de leurs fondateurs, se sont transformées en sociétés anonymes ou en commandite par actions et cherchent à éviter la disparition des éléments de succès dûs à ces personnalités, notamment du crédit attaché à la personne de quelques gros actionnaires. De plus, des liens plus étroits que ceux résultant de la mise en commun des fonds contribuent efficacement à la bonne marche de la société et c'est l'intérêt de tous de les maintenir, en empêchant l'entrée de personnes à qui ces liens seraient étrangers. C'est ainsi que l'on voit, dans les statuts des sociétés des grands magasins de Paris, des dispositions réservant l'acquisition des actions à certaines personnes seulement : actionnaires actuels, membres de la famille des fondateurs, principaux employés intéressés de la maison.

La préemption dans la transmission des actions de sociétés est organisée avec de nombreuses variantes. Mais celles-ci n'affectent pas sa nature. Elle consiste dans une clause du contrat de société permettant à certaines personnes, désignées dans les statuts, d'acquiescer seules les actions à l'encontre de l'ayant-cause de l'actionnaire primitif et moyennant un prix, soit égal à celui offert par le cessionnaire, soit fixé par des procédés particuliers. Ici, à la différence de la préférence sur les immeubles, l'égalité de prix est rare, à cause de la difficulté d'apprécier exactement la valeur du titre et de l'insuffisante garantie assurée à la société par l'offre du cessionnaire. D'ailleurs, il est fixé un délai aux bénéficiaires pour exercer ce droit. Faute de l'avoir fait dans

le temps voulu, le cessionnaire proposé par l'actionnaire qui se retire doit être accepté et, si le titre est nominatif, le transfert devra être effectué sur les registres de la société. Tels sont les éléments essentiels de la préemption des actions de société. Mais il s'agit de déterminer quelle sorte de contrat est intervenu et quels sont ses principaux caractères.

Au premier abord, on serait facilement tenté de voir dans ce pacte une convention de retrait, autorisant le bénéficiaire à évincer le nouveau titulaire des actions. Mais ce serait là une conception superficielle, démentie par les faits, car, dans le retrait, celui qui le subit est devenu légitime propriétaire du bien soumis à ce droit. Ici, l'exercice du droit est une mesure préventive, qui s'oppose à la transmission de l'action au nouveau titulaire. Si celle-ci avait eu lieu, le droit de préemption serait perdu. De plus, le retrait ne vise que les acquisitions par vente, tandis que la clause envisagée s'applique parfois aux mutations par décès. Il en découle une série de conséquences dont la plus importante est que le prix à payer par le bénéficiaire n'est pas nécessairement égal à celui offert par le tiers.

C'est, en réalité, d'une véritable promesse de préférence qu'il s'agit. En effet, l'actionnaire s'engage à faire connaître son intention de céder ses actions et à les transmettre, dans des conditions fixées d'avance, à des personnes déterminées. Comme le pacte de préférence sur les immeubles, c'est une restriction à la liberté d'une personne dans la transmission de ses biens. C'est d'ailleurs une promesse de vente sous condition; mais il y a une légère différence avec cette dernière, car l'événement prévu ici ne consiste pas

seulement dans la manifestation de l'intention de vendre selon certaines stipulations, mais aussi parfois dans tout changement volontaire ou forcé de la personne de l'actionnaire. Le domaine de la clause est ainsi particulièrement étendu et son efficacité est absolue, en raison des modes spéciaux employés pour la négociation des actions. Ces ressemblances fondamentales indiquent nettement qu'il y a bien là un pacte de préférence, obéissant aux mêmes règles générales, mais présentant, sur des points particuliers des divergences dues à la nature de l'objet visé par la préemption. Les unes et les autres seront étudiées au cours de développements ultérieurs et il est naturel que les difficultés spéciales aux actions de société donnent lieu à des explications plus développées.

CHAPITRE II

LA FORMATION DU PACTE

L'accord de volontés, qui constitue le pacte, présente dans sa conclusion des traits particuliers qui nécessitent des explications importantes sur deux points : l'offre de la société et l'acceptation du bénéficiaire.

Section I. — Offre de la société.

L'offre de la société a donné lieu à de vives controverses à propos des pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire d'introduire de telles clauses dans les statuts. Mais, avant de traiter cette question, il faut se demander s'il n'y a pas une condition préalable à l'existence de cette stipulation : l'action ne doit-elle pas revêtir une forme déterminée pour que les entraves à sa cession soient admises ? En effet, si les titres sont au porteur, la société n'a aucun moyen de s'opposer à l'aliénation, ni de constater que l'actionnaire a changé, car le cessionnaire pourrait toujours demander au cédant de se présenter à sa place et de lui remettre ensuite les dividendes qu'il aurait perçus ou les actions nouvelles souscrites. Il est donc nécessaire, pour que la

société édicte des restrictions, qu'elle soit mise obligatoirement au courant des changements survenus dans la personne des actionnaires. Différents moyens sont à sa disposition pour réaliser ce but. Le plus simple est évidemment d'imposer la forme nominative des titres et d'interdire la conversion au porteur. Mais, ce n'est pas le seul. Il lui est loisible d'exiger que la cession des titres au porteur se fasse selon les formalités de l'article 1690, Code civil, ou par endossement, selon les conditions prévues par l'article 17 de la loi du 4 avril 1926, c'est-à-dire la transcription de l'endossement sur les registres de la société. Un procédé indirect permet d'arriver au même but en décidant que les actions ne seront jamais entièrement libérées. Si les circonstances économiques obligent la société à exiger l'entier versement de ce qui reste dû sur le montant nominal, l'Assemblée générale extraordinaire, qui décidera cette modification aux statuts, ne sera nullement tenue de stipuler expressément la forme nominative des actions puisqu'elle est de règle en cas de silence des statuts sur ce point et, à plus forte raison, quand une de leurs dispositions pose des restrictions à la libre circulation des actions.

Maintenant, il faut se demander quels sont les pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire à l'égard d'une telle clause. L'introduction est-elle possible alors que les statuts ne l'avaient pas prévue ? Comment déterminer la majorité et le quorum nécessaires pour que la décision s'impose à tous les actionnaires ? Le pouvoir de supprimer ou de restreindre la clause semble plus naturel et ne suscite pas autant les discussions animées.

Ce point a fait l'objet de modifications législatives dont il est bon d'indiquer les phases car, jusqu'à la loi du 1^{er} mai 1930, on ne s'accordait pas pour dire si la loi du 22 novembre 1913 s'appliquait aux sociétés fondées antérieurement à sa promulgation. Nous examinerons successivement la loi de 1867 et les dispositions qui l'ont modifiée jusqu'à ce jour. Quand les statuts autorisent expressément leur modification, ils en fixent les modalités, la difficulté n'existe donc pas; il n'y a de controverse que si les statuts sont muets à cet égard.

Sous l'empire de la loi de 1867, qui se bornait à exiger un quorum de moitié, la majorité des auteurs considérait que, pour modifier le contrat de société, il fallait l'unanimité des actionnaires. Les tribunaux, sous la pression des nécessités de la pratique, firent prévaloir le droit de l'assemblée à procéder à des changements dans le pacte social, en observant le quorum fixé par l'article 31. Seulement, afin de mieux protéger les actionnaires, une limite était tracée au pouvoir de l'assemblée; les dispositions ayant trait aux bases essentielles du pacte social ne pouvaient être amendées qu'avec le consentement de l'unanimité des associés. La doctrine se rallia en partie à cette opinion et s'efforça de déterminer le signe auquel on pouvait reconnaître le changement affectant les bases essentielles. La Cour de cassation, ayant eu à se prononcer sur cet aspect du droit de préemption, décida, par arrêt du 14 mai 1895¹, que son introduction rentrait parfaitement dans les

1. Requêtes, 14 mars 1895, D. P. 1895.I.467, rapport du Conseiller Cotelle.

pouvoirs de l'assemblée statuant à la majorité et elle confirma cette jurisprudence par un autre arrêt en date du 29 mars 1902¹.

La loi du 16 novembre 1903, autorisant la création d'actions de priorité, avait donné lieu à une interprétation extensive, permettant à l'Assemblée générale d'édicter des modifications équivalentes en gravité à la création d'actions de priorité ou moindres. Cette interprétation, d'abord accueillie favorablement par les tribunaux, fut ensuite rejetée par eux. D'ailleurs, en matière de clause de préemption, le maniement de la loi de 1903 était très délicat, en raison de la difficulté qu'il y avait à apprécier si cette stipulation était, ou non, plus grave que la création d'actions de priorité. Le seul point certain est que les actions de priorité ainsi créées pouvaient être affranchies des restrictions posées à la cession des actions ordinaires ou, au contraire, être soumises à des restrictions alors que les actions ordinaires y étaient soustraites. La nécessité d'assurer la stabilité du contrôle rend plus fréquente cette seconde alternative.

L'omnipotence de l'Assemblée générale consacrée par la loi du 22 novembre 1913, modifiant l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, ne tranchait pas toutes les difficultés. D'une part, en raison des termes de l'article 4, les dispositions extensives des pouvoirs de l'Assemblée ne sont pas rétroactives et ne sauraient être appliquées aux sociétés constituées avant la loi de 1913, qui sont l'immense majorité. D'autre part, l'augmentation des engagements des actionnaires requé-

1. Cassation, 29 mars 1902, D. P. 1904.1.49.

ant toujours l'unanimité de ceux-ci, la jurisprudence, après avoir gardé une attitude favorable aux clauses de préemption, s'est montrée brusquement sévère et les a considérées comme introduisant des restrictions abusives à la libre circulation des actions. Cette opinion appelle les plus formelles réserves et aboutit à une dénaturation flagrante du texte invoqué. La loi du 1^{er} mai 1930, qui rend applicable aux sociétés constituées avant sa promulgation les dispositions de celle de 1913 et les siennes propres, n'a pas supprimé les controverses sur l'interprétation des mots : « augmenter les engagements des actionnaires ».

C'est la Cour de cassation, dans un arrêt du 2 janvier 1924¹, qui a admis cet étrange principe que la clause de préemption augmentait les engagements des actionnaires. Les faits de l'espèce étaient favorables à la nullité de la clause nouvelle, et il n'était pas besoin de solliciter un texte très clair pour aboutir à ce résultat : l'Assemblée générale avait manifestement abusé de ses pouvoirs en réservant au Conseil d'administration un droit de préemption sur les actions, moyennant un prix fixé par lui et ne pouvant dépasser un maximum déterminé par l'Assemblée générale annuelle. Mais rien, dans tout cela, n'imposait à l'actionnaire une responsabilité pécuniaire plus forte vis-à-vis de la société, ni ne l'obligeait à un versement de fonds avant les époques ou dans des conditions plus onéreuses que celles prévues par les statuts primitifs. Diminuer la facilité de circulation des actions, c'est restreindre les droits des actionnaires; ce n'est pas augmenter leurs engagements. L'Assemblée géné-

1. Chambre des Requêtes, 2 janvier 1924. S. 1924.I.225, note de M. P. Esmein. D. 1927.I.161, note de M. Escarra. *Journal des Sociétés*, 1925. p. 83, note de M. Bosvieux.

rale extraordinaire, à condition de réunir les trois quarts du capital social et d'en décider ainsi à la majorité des deux tiers des voix, a le pouvoir d'apporter une telle modification aux statuts dans le sens des restrictions à la cessibilité des actions. Cependant, l'intérêt de la société doit justifier une telle mesure et les modalités de son application ne peuvent aboutir à une spoliation de l'actionnaire sans encourir la nullité. La protection de l'actionnaire est en effet, dans le cas envisagé, plus nécessaire qu'ailleurs car, si la nullité n'est pas prononcée, l'actionnaire mécontent ne peut quitter la société sans qu'on lui applique une clause qu'il réprouve.

De plus, cette tendance très nette de la Cour de cassation est en opposition avec l'interprétation restrictive des dispositions d'exception. En effet, la seconde phrase du premier alinéa de l'article 31 nouveau est une dérogation au pouvoir absolu de l'Assemblée et le texte l'indique clairement. Par conséquent, l'interprète ne peut élargir sa portée en lui donnant une signification plus étendue que le sens strict de ses termes. Par de tels procédés, la réforme introduite par la loi de 1913 se trouve gravement compromise, car les difficultés d'appréciation qu'elle avait voulu supprimer vont reparaître. A propos de toute diminution du droit des associés, les tribunaux devront examiner si celle-ci constitue ou non une augmentation des engagements des actionnaires. Les intérêts les plus légitimes des sociétés existantes sont méconnus à un moment où le besoin de protection contre les mainmises étrangères ou indésirables se fait le plus sentir. Alors que les sociétés en formation adoptent fréquemment des disposi-

tions en ce sens, pourquoi interdire aux sociétés déjà existantes d'en introduire de semblables. Ce serait une solution malheureuse allant à l'encontre de la protection des sociétés les plus intéressantes, les sociétés prospères. Enfin, depuis la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, le maintien des principes adoptés par la Cour de cassation serait profondément illogique. L'Assemblée pourrait, en effet, aux conditions de l'article 31, voter la transformation de la société en société à responsabilité limitée, rendant par là incessibles les actions. Il n'est donc pas raisonnable d'exiger qu'une restriction plus faible de la cessibilité soit prise à l'unanimité. Il y a lieu de remarquer d'ailleurs que la jurisprudence admet, sans discussion, la possibilité d'adoucir, par des décisions ultérieures de l'Assemblée générale extraordinaire, le droit de préemption accordé par les statuts. Quand il appartient aux actionnaires en général, on peut y voir un avantage qui leur permet de se procurer les actions à meilleur prix. Cependant, il n'est venu à l'esprit de personne de contester à cet égard le pouvoir de l'Assemblée générale.

Il reste à déterminer cependant si cette modification aux statuts ne concerne pas la forme de la société. L'intérêt de la réponse réside dans la nécessité ou non de la faire adopter par des assemblées réunissant un quorum plus élevé. Mais ce point sera examiné quand sera discutée la validité de cette clause.

Le droit de préemption, quoiqu'accordé en général aux actionnaires sans distinction, est parfois réservé à certains membres de la société et la détermination du prix de rachat est souvent faite à un taux avantageux

pour celui qui l'exerce, même quand l'actionnaire n'est pas en présence d'une fixation trop faible de la valeur de l'action. Dans ce cas et, si le droit de préemption est établi par les statuts originaires, il y aura lieu de réunir, avant la constitution définitive de la société, une assemblée spéciale qui devra approuver cet avantage particulier. Ce sera le cas si la préemption est établie au profit du Conseil d'administration, de certains actionnaires, des gérants dans une société en commandite par actions. Les règles posées par la loi devront s'appliquer et ce point ne soulève pas de difficultés spéciales à la clause de préemption.

Section II. — Acceptation des bénéficiaires.

Mais il ne suffit pas d'examiner l'offre de la société; l'acceptation des bénéficiaires est nécessaire pour que le lien obligatoire se forme. Les règles applicables à celle-ci varient suivant que le titulaire fait ou non partie de la société. C'est presque toujours le premier cas qui se produit; le second est d'un usage extrêmement restreint. On le rencontre dans les statuts des sociétés de grands magasins (Louvre, Bon-Marché) accordant le droit de préemption à quelques employés supérieurs. La variété des conséquences entraînées par la diversité des bénéficiaires conduit à parler séparément de l'acceptation donnée par les membres de chacune de ces deux catégories.

Quand le titulaire appartient à la société, son adhésion revêt des formes différentes suivant que la clause est insérée dans les statuts originaires ou qu'elle

est introduite postérieurement par l'Assemblée générale. Au cas de disposition originaire des statuts, les actionnaires l'acceptent implicitement par la signature du bulletin de souscription. Si la préemption était accordée, ce qui n'arrive guère, aux porteurs de parts de fondateurs, ceux-ci acceptent par la simple réception des parts. Souvent, la clause résulte d'une décision de l'Assemblée générale extraordinaire. Ici, on peut considérer que l'Assemblée fait une offre en qualité d'organe de la société et qu'elle l'accepte en même temps en sa qualité de représentant régulier des actionnaires envisagés comme distincts de la société. Si elle est accordée aux porteurs de parts, l'adhésion individuelle des porteurs ou la ratification de leur groupement constituera l'accord.

Le titulaire est parfois un étranger à la société. Dans ce cas, que la clause résulte des statuts ou d'une décision de l'Assemblée générale, l'acceptation du tiers sera postérieure à l'offre et résultera de son adhésion au contrat principal passé avec la société. Si c'est un employé de la société qui en bénéficie, la clause originaire des statuts s'incorpore à tout louage de service conclu pendant la durée de la société. La formation du contrat de travail fait naître le droit éventuel du salarié, qui disparaît à sa rupture. Dans le cas de décision nouvelle de l'Assemblée générale, il y a modification au louage de services, à laquelle le salarié adhère tacitement par la continuation de ses services. A la différence de la préemption accordée aux actionnaires ou aux porteurs de parts, celle des étrangers à la société est soustraite aux décisions de l'Assemblée générale et ne peut être révoquée par elle.

Parfois la préemption est réservée à la société elle-même. La validité de cette mesure a été contestée et il en sera question plus loin. On doit remarquer que si l'achat s'effectue avec des fonds provenant du capital, il faudra observer les formes de la réduction du capital. Y a-t-il encore ici un contrat ? L'affirmative s'impose, car si la préférence est accordée par les statuts, il y a accord de volontés entre les fondateurs, représentant la société, et les futurs membres de celle-ci. Cet accord est manifesté par la signature du bulletin de souscription. S'il provient d'une décision de l'Assemblée générale, plusieurs explications sont proposées pour en faire comprendre le mécanisme. Dans un premier système, les actionnaires se prononceraient comme représentants de la société et accepteraient ensuite par une adhésion individuelle résultant implicitement de ce qu'ils restent dans la société. Il y a cependant une objection grave. C'est que la décision de l'Assemblée leur sera applicable quand ils voudront manifester leur désapprobation en aliénant leurs actions. Une autre opinion voit, dans la décision des actionnaires, l'acceptation d'une demande faite par le Conseil d'administration au nom de la société. Il est, en effet, normal de provoquer la décision des actionnaires au sujet d'une obligation pesant sur une catégorie de leurs biens. Leur adhésion résulte implicitement de leur entrée dans une société par actions. En effet, ils acceptent par là-même de se soumettre aux décisions légalement prises par l'Assemblée générale. C'est ce point de vue qui nous paraît le plus exact et qu'il convient d'adopter.

Il résulte des développements précédents sur la

formation du pacte que l'Assemblée générale est munie d'un pouvoir redoutable sur un des droits fondamentaux des actionnaires, celui de disposer à leur gré de leurs actions. Cela présente de graves dangers surtout si l'on admet, conformément aux principes juridiques les mieux établis, qu'il s'agit là d'une modification ne touchant pas à la forme de la société et, par suite, valablement adoptée, après deux assemblées réunissant un quorum insuffisant, par une troisième représentant seulement le tiers du capital. La seule garantie des petits actionnaires contre une expropriation déguisée est dans l'application de la théorie de l'abus du droit au cas où le prix fixé serait insuffisant. Il en sera longuement question à propos des modalités du droit de préemption.

CHAPITRE III

VALIDITE DU PACTE

Comme de brèves indications l'ont précédemment montré, l'utilité de la préemption est collective et non individuelle. Ce n'est pas pour permettre à certaines personnes de se procurer, à un prix avantageux, un bien destiné à accroître leurs revenus qu'elle a été créée, à la différence de la préférence en général, destinée à satisfaire l'intérêt matériel ou moral d'un particulier. Bien au contraire, la préemption sur les actions est destinée à écarter les personnes dont l'entrée serait nuisible, par quelque côté, à la société. Une telle préoccupation révèle l'existence dans les sociétés de capitaux d'une forme particulière d'*intuitus personae*. Ce point a fait naître des doutes sur la validité des clauses de ce genre. Quoique moins net que celui des clauses d'agrément, le rôle de la préemption n'en est pas moins très analogue. De plus, la liberté pour l'actionnaire de céder son titre au prix qu'il en trouve subit une grave restriction. Tout cela oblige donc à examiner en détail les obstacles susceptibles de se dresser contre la légalité de pareilles stipulations.

Dans cette étude, trois questions seront successivement traitées : 1° On pourrait penser d'abord qu'une

telle clause transforme la société par actions en société de personnes; qu'en est-il en réalité? — 2° L'organisation des sociétés, qui laisse en somme à l'actionnaire peu d'influence sur la marche des affaires, semble exiger que son droit de se retirer, quand il est mécontent, demeure intact et sans aucune limitation statutaire. C'est là que se pose la question de l'efficacité du pacte entre associés. — 3° Il convient de délimiter l'étendue des restrictions compatibles avec la nature de l'action. A l'examen de chacun de ces points sera consacré un paragraphe.

§ 1. *Validité à l'égard des tiers.*

La ressemblance de cette clause avec celle habituellement en usage dans les sociétés de personnes pose le problème de son efficacité à l'égard des tiers. Comme les restrictions à la libre disposition des parts dans une société accompagnent la responsabilité illimitée qui pèse sur les associés, c'est à juste titre que le rapprochement ci-dessus conduit à examiner si la société par actions ne se transforme pas en société à responsabilité indéfinie des associés.

En effet, il semble que cette clause, qui a une forme plus voilée que la clause d'agrément, ait pour résultat des liens très étroits entre les associés. Une telle situation paraît incompatible avec l'organisation des sociétés par actions. Plutôt que d'annuler la clause, il est logique de l'interpréter comme une transformation de la société de capitaux en une société de personnes, soumise aux règles fondamentales de celle-ci, notamment sur la responsabilité des associés.

Un tel raisonnement, malgré sa rigueur apparente, n'est pas convaincant car il n'est nullement démontré que la responsabilité illimitée des associés découle nécessairement de l'*intuitus personae* particulier des sociétés de personnes. De plus, la forme anonyme ne répugne pas invinciblement à l'idée d'un groupement établi en considération des qualités spéciales des associés. La loi ne fixe pas de capital minimum et se borne à exiger qu'il y ait au moins sept associés. Dans ce cas limite, il y a plutôt une association de personnes qu'une association de capitaux. Une combinaison de ce genre a d'ailleurs été employée à Paris, entre 1880 et 1890, en vue d'élever des constructions importantes. Sept entrepreneurs appartenant aux divers corps de métiers se réunissaient et versaient un capital représentant juste les frais d'acte. C'était l'emprunt qui devait fournir les fonds nécessaires aux travaux. Personne n'a songé à soutenir qu'on devait ici appliquer les règles de responsabilité propres aux sociétés de personnes, et pourtant le caractère personnel était ici bien plus net que dans une grande société anonyme où seul un droit de préemption, attribué à certains, fait apparaître le souci des qualités personnelles des associés. La loi de 1867 sur les sociétés ne s'oppose du reste en rien à ce que la société anonyme prenne partiellement le caractère de société de personnes, sans en subir toutefois toutes les conséquences.

Que dire de la présence d'une stipulation analogue dans une société en commandite par actions ? Il serait naturel de reconnaître que la société se transforme en commandite simple. Son régime intérieur n'en subirait que quelques modifications ainsi que sa vie extérieure.

Cependant, quoique les mesures de protection semblent ici moins nécessaires, à cause du peu d'attrait de titres difficilement cessibles, la restriction à la libre disposition des actions ne suffit pas pour changer le caractère fondamental de la société. L'intention des parties n'est pas exprimée assez nettement sur ce point pour qu'on adopte une telle solution. Le but est surtout d'empêcher des indésirables de devenir associés et non d'empêcher les associés de la quitter. La forme de la société n'en serait point changée et l'Assemblée générale chargée de voter la clause de préemption ne serait tenue de représenter les trois quarts du capital qu'à sa première réunion.

La possibilité de former indirectement une société de personnes, en échappant au principe d'obligation du patrimoine entier par tout acte de son titulaire, présente des inconvénients. Des individus l'utiliseront pour faire des dettes sans les payer. Parfois, les actionnaires, après avoir recueilli les bénéfices des années précédentes, laisseront la société tomber durant une période de crise, le passif restant impayé. C'est une défectuosité inhérente à la limitation de responsabilité qui se réalise rarement, les futurs créanciers d'une société se renseignant avant de traiter avec elle.

§ 2. *Validité entre associés.*

Si cette clause ne change pas le caractère de la société à l'égard des tiers, il faut se demander maintenant si les associés consentent valablement une telle diminution de leurs droits. En un mot, la liberté de cession, trait essentiel de l'action, doit-elle être absolue ? Si oui, le

droit de préemption est condamné définitivement; sinon, la nature juridique de l'action s'accommodera d'un pacte destiné à réglementer judicieusement cette liberté.

L'affirmative a été soutenue et on a prétendu¹ que la liberté de cession n'était susceptible d'aucune restriction. Mais, cette opinion est restée à peu près isolée dans la doctrine, quoique un certain nombre d'auteurs voient dans la cessibilité un trait caractéristique de l'action. Elle doit être rejetée avec vigueur et il est, selon nous, plus conforme à l'esprit de la législation des sociétés d'admettre une certaine limitation au droit de disposer de ses actions. De nombreux arguments militent en faveur de cette thèse qui repose sur des bases solides.

D'abord, ce que la nature de la société de capitaux écarte, ce n'est pas toute considération, quelle qu'elle soit, de la personne des associés, c'est seulement l'*intuitus personae* proprement dit, c'est-à-dire une disposition d'esprit telle que le départ d'un associé soit subordonné au consentement de ses co-associés. Par suite, l'absence nécessaire d'une intention de ce genre n'a pour conséquence que d'interdire toute suppression complète du droit de cession. Mais cela ne s'oppose pas à ce qu'on s'efforce d'écarter les indésirables. C'est une mesure purement négative, qui ne révèle l'existence que de l'une des deux catégories d'éléments de l'*intuitus personae*. Celui-ci, en effet, comprend des éléments positifs comme l'estime et la connaissance réciproque et des éléments négatifs comme l'opposition de principe

1. Bathie, *Revue critique*, t. XXXIV, p. 328, 413.

à l'entrée de nouveaux associés. C'est la réunion de ces deux sortes d'éléments qui seule engendre l'*intuitus personae* prohibé. Ici, il s'agit simplement de substituer au cessionnaire proposé une autre personne, dont la présence n'offrira aucun inconvénient pour la société. Cependant, il faut remarquer qu'en fait l'*intuitus personae* complet se rencontre dans le cas de préemption au profit des personnes désignées par le Conseil d'administration et une telle stipulation n'est pas *a priori* déclarée nulle. Cela se justifie si l'on se souvient qu'en la matière, le principe dominant est surtout le droit de l'actionnaire à obtenir un prix équitable de son action.

En outre, aucun texte de loi n'interdit de subordonner la cession des actions à l'intervention de tierces personnes, membres de la société ou étrangères à elle. Les articles 35 et 36 du Code de Commerce, qui traitent des procédés de transmission, n'attachent pas à celle-ci un caractère absolu et intangible. Au contraire, l'article 50 de la loi du 24 juillet 1867 autorise, dans les sociétés à capital variable, la clause permettant au Conseil d'administration ou à l'Assemblée générale de s'opposer au transfert des actions. Doit-on déduire de la place de cet article qu'il ne peut être étendu à d'autres formes de sociétés par actions ? Il n'en est rien, et l'on ne fait aucune difficulté pour appliquer à toutes les sociétés la faculté accordée par cet article. Cela consacre implicitement le droit, moins arbitraire *a priori*, de substituer à l'acquéreur proposé une autre personne, moyennant un prix fixé selon certaines bases.

Les nécessités de la pratique obligerait à accepter la validité d'un tel pacte, car la nature ou l'importance des opérations traitées conduiraient de nombreuses

entreprises à adopter la forme des sociétés de capitaux. C'était une des nécessités de la vie contemporaine, personne n'acceptant plus la responsabilité indéfinie qui pèse sur certains associés dans les sociétés de personnes. Par ailleurs, il était désirable de ne pas laisser ces entreprises sans défense contre les tentatives d'intrusion, notamment de leurs concurrents, désireux de s'assurer la maîtrise d'une certaine production.

Le seul moyen d'arriver à ce résultat était, jusqu'à la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée, l'insertion d'un droit de préemption au profit des actionnaires ou de certains d'entre eux. Désormais, les sociétés par actions ont à leur disposition un procédé commode et d'une efficacité plus sûre. Cependant, si le domaine de la préemption est notablement diminué, il n'est pas entièrement supprimé. La loi de 1925, en effet, n'a qu'une application limitée et la forme nouvelle est interdite d'une part aux sociétés d'assurances, de capitalisation ou d'épargne, et, d'autre part, à celles qui sollicitent par souscription d'épargne publique. Les motifs qui inspirent cette mesure n'ont rien de commun avec la libre circulation des titres. Les mêmes dangers existent pour les sociétés exclues du bénéfice de la loi du 7 mars 1925 et rien ne s'oppose à ce qu'elles prennent les mesures de défense appropriées qui restent à leur disposition.

La valeur de ces divers arguments n'a échappé ni à la jurisprudence, ni à la doctrine et toutes deux, dans la majorité des cas, admettent la validité d'une telle clause. Cependant il y a des dissidents chez chacune d'elles; et il est utile de noter les divergences existant entre les formules de la doctrine et celles de la juris-

prudence. En effet, la presque totalité des auteurs favorables à la clause de préemption ne fait pas de la cessibilité le critère unique de l'action. Il est, pour eux, naturel de reconnaître que la liberté de cession peut être réglementée, sans que l'action change de nature. Cependant, ils exigent que le droit de préemption n'aboutisse pas à empêcher les aliénations. Dans ce sens, on peut citer MM. Lyon-Caen et Renault¹ qui déclarent : « La cessibilité des actions peut être réglementée à condition de n'être pas supprimée. » Leur opinion est suivie par beaucoup d'autres parmi lesquels on trouve MM. Thaller et Pic², Arthuys³ Houpin et Bosvieux⁴.

La jurisprudence, au contraire, avait tendance à considérer la cessibilité comme le caractère fondamental de l'action. La Cour de cassation elle-même avait été influencée par cette théorie, soutenue par les tribunaux de commerce qui furent longtemps hostiles à la validité de toute clause restrictive. Cependant, cette haute juridiction n'en avait pas déduit une condamnation de ce genre de clauses et, après avoir consacré la légalité de la clause d'agrément par deux arrêts du 27 mars 1878⁵ et du 13 mars 1882⁶, elle validait la clause de préemption par décision de la Chambre des requêtes du 14 mars 1895⁷. Celle-ci déclare nettement « qu'il est de l'essence de l'action de pouvoir être cédée librement »; mais il n'y a pas de contradiction à décider

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 558, 4°.

2. Haller et Pic, n° 748.

3. Arthuys, n° 203.

4. Houpin et Bosvieux, t. I, p. 464.

5. S. 1878.I.277.

6. S. 1883.I.327.

7. D. P. 1895.I.467; S. 1899.I.397.

comme elle le fait, que cette liberté n'est pas nécessairement absolue. En conséquence, la volonté des associés est en droit de soumettre la cession à certaines conditions. Cette jurisprudence libérale fut confirmée par un arrêt du 29 mars 1902¹.

Les tribunaux de commerce, au contraire, ne furent pas persuadés par une si haute autorité et persistèrent dans leur sévérité à cet égard. Des jugements du Tribunal de commerce de la Seine du 9 avril 1894 et du 9 mars 1903 démontrent très clairement que, pour eux, de telles dispositions des statuts sont des atteintes inadmissibles au droit de propriété et que la liberté absolue de circulation des actions doit être sauvegardée à tout prix. Leur obstination, digne d'une meilleure cause, semble malheureusement avoir obtenu satisfaction sur un autre terrain, celui des pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire : la Cour de cassation, qui n'avait nullement rangé, avant la loi de 1913, la libre cessibilité des actions parmi les bases essentielles du pacte social, y voit maintenant une augmentation des engagements des actionnaires, nécessitant le consentement de l'unanimité de ceux-ci. Toutefois, cette interprétation n'est pas sans provoquer une certaine résistance des Cours d'appel, et même des juridictions consulaires. Ces dernières reconnaissent, en effet, la validité du principe de la préemption et le pouvoir de l'Assemblée générale extraordinaire de l'imposer à la minorité; mais elles demeurent d'une sévérité excessive pour déclarer que le rachat est organisé sur des bases équitables et doit, par suite, être respecté.

1. D. P. 1904.I.49.

§ 3. *Limites aux restrictions de la cessibilité.*

Cela nous entraîne tout naturellement à traiter du dernier point de ce chapitre : les limites au droit de restreindre la cession. Cette détermination est loin d'être aisée et dépend, pour une part importante, des appréciations de chacun sur le rôle et le fondement de la cessibilité. Les circonstances d'espèces ont, en cette matière, une influence très grande. Cependant, il est indispensable de dégager de l'étude qui précède les principes directeurs servant de guide dans la solution des difficultés. D'abord, l'*intuitus personae*, qui est à la base de cette disposition, doit être négatif, c'est-à-dire qu'il doit viser à écarter certains individus plutôt qu'à en faire entrer d'autres, particulièrement sympathiques aux associés. L'*intuitus personae* complet cadre mal avec l'organisation des sociétés de capitaux et en contrarie le fonctionnement. La discrimination de ces deux notions est une question de nuances qui répugne à être résolue par des formules tranchantes. Néanmoins, d'une manière générale, le meilleur moyen d'y parvenir est d'examiner si l'étendue et le caractère des restrictions donne vraiment à la cession l'aspect d'un fait normal et ordinaire. Dans ce cas seulement, il est démontré d'une manière effective que les associés, n'ayant pas attaché une importance décisive à la présence de chacun d'eux, se sont simplement efforcés de se prémunir contre la pénétration d'éléments nuisibles à la société. Le droit de préemption semble *a priori* rentrer toujours dans cette catégorie, puisqu'il ne fait que substituer un nouveau cessionnaire à celui

choisi par l'actionnaire ancien. En fait pourtant, il se présente parfois dans des conditions telles que la cession apparaît nettement comme un acte absolument exceptionnel. Cela se produit notamment quand le prix doit être fixé par l'assemblée générale et que le rachat appartient aux seuls membres du Conseil d'administration.

Ensuite, la clause de préemption ne doit pas anéantir la liberté pour l'actionnaire de quitter la société quand bon lui semble. C'est un droit essentiel, qui n'est que la contre-partie de son obligation de subir les décisions légalement prises en dehors de son assentiment. Une cessibilité absolue garantirait au maximum cette liberté, mais il n'est pas nécessaire d'être aussi rigoureux. Il suffit d'exiger que l'actionnaire soit en mesure de se défaire de son titre par des procédés rapides et faciles. Une certaine sévérité s'impose en cette matière. Car les clauses de préemption fourniraient aisément, sans cela, le moyen d'acquérir à des prix dérisoires les actions détenues par des personnes ayant momentanément besoin d'argent liquide. La jurisprudence est entrée résolument dans cette voie. Son contrôle s'exerce non seulement sur la détermination du prix, mais encore sur celle des bénéficiaires et sur celle des cessions qui le font naître. Par contre, il faut se garder avec soin d'être trop rigide en ces matières, car il serait injuste de retirer à des sociétés honorables le moyen efficace de parer à certains dangers. Les tribunaux, surtout les juges consulaires, ne sont pas exempts de tout reproche à cet égard.

En résumé, deux limites sont posées au droit de soumettre la cession à un droit de préemption : en premier lieu, l'interdiction d'attribuer à la cession un

caractère exceptionnel, en second lieu, l'obligation de ne pas rendre l'actionnaire prisonnier de son titre. D'ailleurs, on pourrait ajouter que la mesure doit être prise dans l'intérêt de la société. Mais cela n'est pas toujours nécessaire et, si les deux conditions précédentes sont respectées, les intérêts des actionnaires sont pleinement sauvegardés.

Par les développements sur la validité du pacte s'achève l'étude de la formation du pacte. La préemption se présente comme le résultat d'un accord de volontés, analogue dans sa nature au pacte de préférence. Clause particulière d'un contrat de société, il en subit les vicissitudes et les pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire permettent de le modifier ou de le supprimer. Enfin il ne porte nullement atteinte à la nature de l'action et ne la transforme point en part d'intérêt. Il ne reste plus, pour en terminer avec cette convention, qu'à en décrire les modalités pratiques et les effets. Ce sera l'objet du titre II.

TITRE II. -- ORGANISATION PRATIQUE ET EFFETS

Le fonctionnement de ce pacte fait apparaître les particularités accessoires de sa nature qui le distinguent de la préférence du droit civil. Son inexécution, d'une part, ne saurait se produire, puisque, les actions étant nécessairement nominatives, la transmission n'en s'opère que par une mention sur les registres de la société. Celle-ci refusera à bon droit de l'opérer au profit du cessionnaire tant que le délai accordé aux bénéficiaires pour se prononcer ne sera pas écoulé. Les détails de son exercice, d'autre part, influent considérablement sur sa validité, en raison de la nécessité impérieuse de protéger les actionnaires contre les abus de pouvoir de la majorité. D'ailleurs, les divergences de vue dans la jurisprudence aboutissent à retirer au droit de préemption une partie de son utilité. La défense des sociétés par actions contre les indésirables justifie bien quelques sacrifices de la part des associés, et il serait regrettable de les laisser envahir par des gens qui, en suscitant la discorde, entraveraient son développement ou s'en serviraient pour des buts contraires à l'intérêt national.

Les questions que pose l'utilisation de ce pacte sont nombreuses. Afin d'en faciliter l'exposé, elles seront groupées sous trois chefs, dont chacun formera un chapitre. Ce seront les modalités d'exercice du droit, les transmissions qui y donnent lieu, les effets qui en résultent.

CHAPITRE PREMIER

MODALITES D'EXERCICE DU DROIT

Une grande variété règne dans l'agencement de cette clause. Parfois, le droit est accordé à tous les actionnaires, parfois réservé au Conseil d'administration ou à la société elle-même. Souvent, le prix est déterminé de manières très diverses, soit par l'offre du cessionnaire, soit par une décision unilatérale de la société. La difficulté du problème consiste, sur ce dernier point, à concilier deux intérêts opposés : celui de la société et celui de l'actionnaire. En effet, l'actionnaire cherche à obtenir de son titre la plus haute valeur possible; mais, pour que la société puisse raisonnablement utiliser son droit, le taux de rachat ne doit pas atteindre un niveau trop élevé. Sans cela, elle serait désarmée contre des adversaires disposant de moyens financiers puissants et désireux de profiter d'une situation momentanément difficile.

Nous passerons en revue successivement les conditions générales de fonctionnement de la clause et la qualité des bénéficiaires.

Section I. — Conditions générales de fonctionnement.

Comme pour le pacte de préférence en général, le fonctionnement de la clause comporte la fixation de deux points essentiels : le délai d'exercice et le prix. Il y a lieu toutefois de noter qu'en raison du caractère nominatif des titres, le cédant n'est pas en mesure de passer outre, par sa propre volonté, à l'opposition de la société. Cela donne à la détermination du délai une importance pratique beaucoup plus considérable. Car, pour se débarrasser de ses titres, l'actionnaire sera forcé de s'adresser à la justice. En outre, la clause ordinaire de préférence se contente d'indiquer que le droit est accordé à égalité de prix, celui-ci étant déterminé ultérieurement par l'offre d'un tiers. Ici, au contraire, on écarte la plupart du temps ce procédé comme offrant trop de risques de fraude et on indique dans les statuts les bases qui serviront à calculer, au moment de la vente, la valeur de rachat des titres. Cette fixation donne lieu à de nombreuses difficultés et la plupart des décisions récentes de jurisprudence sur la clause ont été rendues à son sujet.

Cette section comprendra trois paragraphes : le premier concernera le délai donné aux titulaires pour faire connaître leur décision, le second examinera la détermination du prix au moyen de la concurrence, enfin le dernier traitera de sa fixation sur certaines bases par les organes de la société.

§ 1. — *Délai d'exercice*

Il est tout naturel que le bénéficiaire du droit jouisse d'un temps de réflexion qui lui permette de prendre une

sage décision. Cependant, sa longueur ne doit pas servir à brimer le cédant et à retarder outre mesure l'aliénation projetée. Sans cette restriction, d'ailleurs extrêmement vague, les statuts pourraient parvenir à interdire toute cession en omettant de fixer un délai pour l'exercice du droit. L'absence de toute précision à cet égard serait extrêmement grave et il ne faudrait pas hésiter à déclarer nulle une disposition qui ne satisferait pas à cette condition¹. Cependant, l'indication d'une limite maxima est fort délicate, car aucun texte, ni aucun principe juridique précis, ne règle directement ce point. La pratique fournit toutefois quelques indications à ce sujet. D'abord, sur le marché à terme, le jeu des primes permet de prolonger l'incertitude des réalisations pendant un intervalle de trois mois au plus. Adopter une solution de ce genre semble équitable et, en tous cas, la liberté de circulation des actions ne serait pas suffisamment sauvegardée par des délais supérieurs à six mois. D'un autre côté, des dispositions légales et réglementaires sur le transfert d'ordre² il résulte que la durée de ce dernier est fixée à trente jours et que les bénéficiaires d'un droit d'agrément à l'égard du cessionnaire proposé sont tenus de faire connaître leur décision sur ce sujet à l'agent de change du vendeur dans le délai de soixante jours, à dater de la notification qui leur en est faite. Il ne paraît pas qu'une telle disposition soit applicable en droit aux clauses de préemption, qui ne sont nullement mentionnées, quoiqu'on puisse alléguer la similitude de difficultés entre ces deux clauses. En effet, il s'agit de textes exceptionnels statuant pour

1. Voyez Lyon, 13 mai 1893, *Journ. des Soc.*, 1893, p. 577.

2. Loi du 26 mars 1927, art. 39; décret du 9 mai 1928, art. 2.

un cas particulier et devant être interprétés restrictivement. Cependant, cette durée servira utilement de guide et fixera pratiquement le maximum à autoriser dans les circonstances normales. Dans des cas tout à fait spéciaux, trois mois seraient accordés pour faire connaître le parti auquel se sont arrêtés les bénéficiaires. La facilité des communications ne rend pas nécessaire la prolongation de l'incertitude ou au delà de ces délais.

C'est autour de la fixation du prix que se livre le plus violent combat. La doctrine et la jurisprudence sont loins de s'accorder. Une difficulté pratique augmente encore les controverses. En effet, les titres soumis à ce droit ne sont pas cotés en Bourse. Les clauses de préemption faisant appel à la concurrence, qui sont cependant les plus favorables aux actionnaires, sont parfois l'objet de violentes critiques. En pratique, leur emploi n'est pas très fréquent, car les buts légitimes, poursuivis en les instituant, ne sont pas atteints aussi sûrement que lorsque la société intervient dans le calcul du prix.

§ 2. *Fixation du prix parla concurrence*

L'intervention du jeu de l'offre et de la demande est organisée dans ces clauses de deux manières assez différentes. Dans la forme la plus simple, c'est la somme offerte par le cessionnaire qui devra être versée par le titulaire du droit. Le cédant avise le siège social de son intention en indiquant l'identité de l'acquéreur, le nombre d'actions à céder et le prix d'acquisition. Les titulaires sont avertis par les soins de la société et se substituent à la personne proposée. Si, dans le délai, ils n'ont

rien dit, le transfert s'effectuera au profit du cessionnaire. La gêne imposée est réduite au minimum : la liberté d'abandonner la société n'est nullement atteinte et la transmission du titre s'opère avec facilité et rapidité, au prix que l'actionnaire avait accepté. Par contre, l'efficacité pratique d'un tel procédé est quasi-nulle ; un concert frauduleux, très facile à réaliser, empêchera par l'exagération du prix les bénéficiaires d'utiliser le droit et de protéger ainsi la société. Une telle stipulation est la reproduction exacte du pacte de préférence sur les immeubles, ou les meubles corporels.

Pour remédier à l'inconvénient signalé ci-dessus, les titres à céder sont mis en adjudication entre les bénéficiaires de la préemption et le cessionnaire proposé. Parfois, la mise à prix est fixée sur des bases plus ou moins équitables par les organes de la société, soit l'Assemblée générale annuelle, soit le Conseil d'administration. Les étrangers sont en général écartés. En principe, une telle organisation est parfaitement compatible avec la nature de l'action et aucun obstacle grave n'entrave la liberté de l'actionnaire, qui est assuré de vendre ses actions à un prix satisfaisant payé, soit par le cessionnaire proposé, soit par le dernier enchérisseur. Il lui est en effet loisible de refuser la cession si le prix atteint par les enchères est jugé par lui insuffisant.

En fait, avant de se prononcer sur la correction d'une telle procédure, il est bon d'examiner tous les détails de l'espèce. Car, s'il suffit qu'un seul point soit grave pour entraîner la condamnation de la clause, la réunion d'un certain nombre de faits peu importants isolément sera nécessaire pour faire annuler une disposition qui aboutirait pratiquement à la spoliation de l'actionnaire.

De tels principes ne semblent pas avoir été suivis par le Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand dans un jugement du 29 octobre 1929¹. Il s'agissait d'une clause de préemption accompagnant un droit d'agrément du cessionnaire par le Conseil de surveillance et les gérants. La préemption était accordée aux seuls actionnaires et le prix était fixé par adjudication devant notaire sur une mise à prix dont les statuts fixaient les bases. La moyenne des bénéfices réalisés pendant les trois dernières années, déduction faite de la part des gérants et du capital non amorti, était capitalisée à 10 % et ce chiffre, divisé par 500.000, constituait la valeur minima des actions de jouissance. Pour les actions de capital, cette somme était augmentée de la part de capital qui n'était pas encore amortie. Le Tribunal prononça la nullité de la clause en alléguant que ce mode de calcul « ne repose pas sur des bases stables », et en constatant que le chiffre obtenu « représentait à peu près un tiers de la valeur de l'action ». Une telle sévérité semble excessive et il est à souhaiter que la Cour de Riom, saisie de la question par un appel, se montre plus juste dans son appréciation.

Quoique la disproportion constatée soit considérable et ne puisse être tolérée, il y a lieu de remarquer que la valeur d'une action est très difficile à préciser. En effet, les offres de tiers qu'invoquent les cédants sont d'une sincérité douteuse. D'autre part, ce qui importe, c'est le résultat des enchères. Si l'on peut redouter l'entente des actionnaires contre le cédant, cela est plus difficile à réaliser quand le cercle de ceux-là est en fait étendu,

1. *Journal des Sociétés*, 1930, p. 39, note Bosvieux.

comme c'était le cas. D'ailleurs, à la différence des clauses habituellement en usage, c'était, non les bénéfices distribués, mais les bénéfices réalisés qui entraient dans l'établissement du prix minimum. Si une telle jurisprudence se généralisait, les clauses de préemption perdraient toute utilité car, s'il est nécessaire d'offrir le même prix que les tiers, la société sera sans défense contre les concurrents ou les individus nuisibles à sa bonne marche.

La clause annulée par le Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand évitait un des inconvénients ordinaires des stipulations d'adjudication obligatoire, où le cessionnaire était admis : celui-ci, en effet, peut pousser frauduleusement les enchères en convenant avec le cédant qu'il ne paiera que le prix antérieurement accepté par ce dernier. Par ailleurs, les autres difficultés qui en naissent ne sont pas écartées et cela n'encourage pas à recommander l'emploi de stipulations analogues. On pourrait être tenté d'y remédier en confiant à un arbitre le soin de fixer le prix. La légitimité de ce procédé est mise en doute par un parti important de la doctrine qui exige, en s'appuyant sur l'art. 1592 C. civil, que ce tiers soit désigné par les parties lors de leurs conventions. Cela n'est pas réalisable pratiquement, car le droit peut s'exercer longtemps après la rédaction des statuts et la personne indiquée par eux sera souvent morte. D'ailleurs, l'art. 1592 est inapplicable à la matière puisqu'il concerne la validité d'une vente. Ici, il s'agit d'une promesse conditionnelle de vente et il suffirait que l'arbitre soit choisi par les deux parties aussitôt après que l'associé a fait connaître son désir de quitter la société. Le principal inconvénient de cette stipulation est desus-

citer des discussions et de retarder outre mesure le départ de l'actionnaire. L'adoption d'un tel système serait loin de répondre aux besoins des affaires.

§ 3. *Fixation par les organes sociaux*

L'insuffisance pratique de ces formules a poussé les sociétés vers un autre mode de détermination du prix. Ce sont les organes de la société, Conseil d'administration ou Assemblée générale ordinaire, qui y procèdent selon des principes fixés par les statuts. Il est à peine besoin de dire que si les pouvoirs de ces organes en pareille matière n'étaient pas limités, une telle restriction au droit de cession serait nulle. Dans cette catégorie de stipulations rentre l'organisation d'un système précis d'évaluation, mais n'opérant qu'à défaut de décision de l'Assemblée générale. Cependant la jurisprudence, malgré son peu de faveur pour les clauses de préemption refuse parfois d'appliquer ce principe, malgré la consécration quelque peu exagérée à lui donnée par l'arrêt de la Chambre des requêtes du 2 janvier 1924, déjà cité. Sur ce point, un arrêt du 2 juillet 1930¹, destiné à quelque retentissement en raison de la juridiction dont il émane, vient appuyer la résistance de plusieurs Cours d'appel à l'excessive rigueur de la Cour suprême. En présence d'une clause donnant à l'Assemblée générale le pouvoir de fixer souverainement le prix de rachat des actions soumises à préemption et d'un prix ainsi fixé jugé par la Cour inférieure à la valeur réelle de l'action, la Cour de Paris a validé la clause en question et

1. C. de Paris, 2 juillet 1930, S. 1931.II.169, note de M. Rousseau.

maintenu le prix fixé par l'Assemblée générale. Avant de formuler un avis sur cette décision, il convient d'exposer rapidement les faits et d'indiquer les opinions doctrinales émises à son sujet.

Dans les statuts de la Société Manufacturière de Tissus figure dès l'origine une clause d'après laquelle « les cessions au profit de personnes non actionnaires doivent être agréées par le conseil d'administration; en cas de refus, celui-ci devra faire acheter ces actions par des personnes de son choix, moyennant un prix égal à celui proposé par le cessionnaire refusé, sans que toutefois ce prix puisse être supérieur au prix qui sera fixé souverainement par l'assemblée générale des actionnaires ». Lesne, propriétaire de 69 actions nominatives de cette société, d'une valeur nominale de 1.000 fr., ayant trouvé un acquéreur étranger pour ses actions au prix de 700 fr. l'une, demanda l'agrément du conseil d'administration qui le refusa, en proposant le rachat à 400 fr., prix fixé par l'Assemblée Générale du 29 avril 1926. Lesne ayant refusé de vendre ses titres à ce prix, l'affaire fut portée devant le Tribunal de Commerce de la Seine, qui, par jugement du 28 avril 1929, condamna la Société à payer la différence entre le prix offert par elle et celui proposé par le cessionnaire non agréé. Sur appel, la Cour de Paris infirma le jugement et débouta Lesne de toutes ses prétentions.

Une telle décision semble quelque peu surprenante et il y a lieu d'en peser avec soin les motifs qui se groupent sous trois chefs : utilité de la clause, vote régulier en la forme et sans fraude de l'Assemblée, vote du prix par l'actionnaire. De l'utilité de la clause relevée par elle en ces termes : « mesure utile à la défense d'une société

à petit capital, qui y trouve un moyen de défense contre l'accaparement de ses actions » et du caractère raisonnable des limites au droit de cession, la Cour conclut à la validité de la stipulation statutaire.

Les deux autres chefs de motifs ont pour but de justifier le maintien du prix fixé pour l'achat des actions. La Cour n'a nullement recherché si le pouvoir souverain de l'Assemblée dans cette évaluation devait entraîner la nullité de la clause, mais si, dans l'espèce, se rencontraient des faits de nature à vicier la décision de l'Assemblée générale. Elle n'en a pas trouvé puisque, d'une part, « il n'est rien allégué contre la régularité en la forme de cette délibération » et que, d'autre part, « Lesne n'offre pas de preuves et n'articule même pas que le vote ait été déterminé, ni influencé par des renseignements inexacts ou des manœuvres quelconques ». Le seul fait que « l'Assemblée générale ait obéi surtout à des préoccupations d'ordre fiscal plutôt qu'au souci de reconnaître à ses titres la valeur que leur conférait la situation active et passive de l'entreprise » ne motivait pas suffisamment à ses yeux une annulation, surtout alors que « Lesne avait été représenté à l'Assemblée générale et avait voté la résolution » concernant le prix des actions.

Cette décision a fait, dans la doctrine, l'objet de commentaires variés. M. Rousseau, dans une note au Sirey sous l'arrêt rapporté, la critique fortement. M. Cordonnier¹, au contraire, l'approuve très nettement. Une rapide confrontation des thèses en présence avec les faits de l'espèce permettra de dégager la portée véritable de l'arrêt et son sens exact.

1. *Journal des Sociétés*, 1931, p. 100, en note.

Pour M. Rousseau, le prix de préemption fixé par l'organe social qualifié n'est intangible que s'il correspond à peu près à la valeur réelle de l'action. En effet, selon lui la société n'a pas le droit de porter atteinte directement ou indirectement aux droits individuels des actionnaires « dans la mesure où leur adhésion à la Société n'implique pas la subordination de ces droits à l'intérêt social », notamment au droit pour eux de se retirer quand bon leur semble. Ce dernier droit, étant la contrepartie du pouvoir pour l'Assemblée générale de modifier les statuts, ne saurait être supprimé indirectement par la préemption, et c'est le résultat ci-dessus que l'on obtient par la fixation du prix d'achat au-dessous de la valeur approximative de l'action. De plus, le droit de préemption accordé pour écarter les indésirables ne peut légitimement servir à empêcher le départ des actionnaires, ou à procurer un bénéfice à la société ou à des tiers désignés par elle. En tout cas, aucune suppression du droit essentiel pour l'actionnaire de se retirer de la société ne résulterait valablement d'une renonciation signée ou d'un vote émis par lui.

M. Cordonnier, au contraire, estime que l'absence de vice du consentement impose en cette matière, comme en toute autre, le respect des contrats librement passés. Il remarque à juste titre que la clause litigieuse figurait aux statuts avant que Lesne ne fût entré dans la société et que ce dernier a lui-même approuvé le prix de rachat des actions à 400 fr. De plus, cette clause ne heurte aucun principe d'ordre public puisque la validité de la clause subordonnant la cession d'actions à des tiers à l'agrément du Conseil d'administration est admise. Pour lui, l'orientation marquée par cet arrêt constitue

une heureuse réaction contre la jurisprudence récente et singulièrement audacieuse dirigée contre les clauses de préemption.

Comment terminer cette controverse ? L'opinion de M. Rousseau apparaît comme trop rigoureuse et doit être rejetée. Car la Société peut avoir un intérêt légitime à écarter un cessionnaire et ne trouver personne parmi les actionnaires pour racheter les actions à leur valeur. Il convient donc d'approuver les solutions adoptées par la Cour de Paris qui donnent satisfaction à cette considération pratique, tout en imposant un dur sacrifice au vendeur. Cependant il y a lieu de faire deux réserves. La Cour a omis de dire si le Conseil avait ou non abusivement refusé d'agréer le cessionnaire proposé. A notre avis, ce point doit être examiné chaque fois que le prix de rachat ne correspond pas à la valeur réelle des actions. Ensuite, les circonstances sont assez particulières et l'on ne saurait considérer comme des principes définitivement établis l'opinion exprimée par les magistrats de la 3^e Chambre de la Cour de Paris.

Parfois, pour faciliter l'aliénation, le calcul se fait automatiquement sur une base appropriée et sans intervention des représentants de la société. Le moyen le plus usité est la capitalisation du dividende distribué à un taux donné, par exemple sa multiplication par 18. Pas plus que les précédentes, des dispositions de ce genre ne révèlent l'intention d'assurer le maintien de certaines personnes dans la société et le départ de celles-ci n'est pas envisagé comme ayant une importance capitale.

Le danger ne se trouve pas là, mais plutôt dans le désir des gros porteurs de titres d'accroître, à bon compte, leur participation, en profitant des besoins momentanés

d'argent de leurs coassociés moins fortunés. En effet, ces derniers trouveront difficilement à emprunter en raison des obstacles à la cession et du caractère nominatif des titres. La liberté de se retirer sera indirectement supprimée par la fixation d'un taux de capitalisation plus élevé que le pourcentage réel de revenu du titre et d'autres dispositions que les actionnaires désapprouvent leur seront imposées, sans qu'ils aient aucun moyen de s'y soustraire. Ce résultat est inadmissible et c'est à la lumière du principe de la liberté des actionnaires que doivent être recherchées les bases équitables d'établissement du prix de rachat.

De l'examen rapide des diverses tentatives faites pour concilier les droits des actionnaires et l'intérêt de la société, deux procédés sont à retenir, permettant à notre avis d'obtenir le résultat visé : ce sont la cotation comparée en Bourse et la capitalisation des bénéfices. Leur principal avantage est de ne pas nécessiter l'adjonction de correctifs qui en rendent l'usage long et compliqué. La jurisprudence confirme implicitement cette opinion ; car dans la plupart des clauses qu'elle annule, ces moyens ne sont pas employés ou sont mélangés à une intervention de l'Assemblée générale qui en affaiblit l'efficacité.

La cotation comparée en Bourse assure à la préemption un fonctionnement simple et automatique en évitant toute discussion. Il suffit de préciser quel est le jour dont la cote réglera le prix, en raison du délai qu'a le bénéficiaire pour se décider. Il serait plus normal de dire que ce sera la moyenne des cours pendant ce délai qui constituera le prix à payer par le titulaire du droit. Malheureusement, les actions soumises à de tels droits ne sont

pas cotées à la Bourse et le recours à un artifice sera nécessaire. La création de deux catégories d'actions, dont les unes, dites action A, seront soumises à la préemption et dont les autres, dites actions B, exemptes d'une telle restriction s'inscriront à la cote, rendra possible l'appréciation impartiale du titre. Cela suppose que les deux catégories comportent des droits pécuniaires égaux. S'il n'en est pas ainsi, il suffit d'établir le rapport existant entre leurs avantages pécuniaires respectifs et de l'appliquer à la valeur de l'action cotée pour obtenir la valeur cherchée. Si l'action A donne des droits supérieurs ou inférieurs pécuniairement de 7 % ou de 13 % à ceux de l'action B, le prix de l'action A sera supérieur ou inférieur à celui de l'action B de 7 % ou de 13 %. D'autre part, pour assurer la neutralisation des individualités dangereuses, le nombre des actions soumises à la préemption doit assurer une majorité certaine. Il semble qu'une proportion des deux tiers suffirait à atteindre ce but. Cependant les indésirables ont un moyen d'entrée car l'Assemblée générale ne peut leur être interdite. Cela leur permettra souvent d'arriver aux fins qu'ils poursuivent.

L'établissement de cette inégalité ne sera relativement facile que lors de la fondation, si les fondateurs sont unis par des liens plus moraux que pécuniaires. Lors d'une augmentation de capital, cela ne sera guère possible, car peu de gens seront disposés à mettre leur argent dans une affaire où son retrait sera subordonné à certaines conditions. La société devra recourir à l'emprunt, en émettant des obligations, pour se procurer les fonds nécessaires à l'extension de ses affaires. Si les statuts prévoyaient la préemption pour toutes les actions,

l'Assemblée générale ne refusera généralement pas de la restreindre à une partie des actions. La difficulté sera de déterminer quelles actions échapperont désormais à ce contrôle. Immédiatement, on songe à appliquer à chaque actionnaire la proportion établie pour l'ensemble du capital. Mais il arrivera parfois que ce calcul ne donnera pas un nombre entier d'actions. La décision de l'Assemblée devra régler cette épineuse question. Le procédé le plus simple et le meilleur serait de déclarer que le nombre total des actions délivrées de la surveillance est un maximum et que, dans le cas indiqué, la proportion sera calculée sur le nombre immédiatement inférieur à celui des actions possédées par l'associé et donnant un quotient entier. L'inégalité ainsi introduite serait compensée par l'attribution à tous les actionnaires désavantagés d'un faible prélèvement sur les bénéfices ou sur les réserves : 1 % ou 2 % au maximum. Un point plus important à préciser est de fixer quel cours servira de base à la préemption. Sera-ce celui du jour où l'actionnaire aura manifesté son intention de céder ? ou celui du jour de l'exercice de son droit par le bénéficiaire ? Dans cette dernière solution, le prix dépendrait indirectement de la volonté de celui-ci. Il est difficile de suivre un tel système car, en période de baisse, le titulaire du droit retardera son adhésion. Si on se base sur le cours du jour, où l'actionnaire déclare son intention de céder, les calculs de spéculation ne sont pas écartés : les bénéficiaires attendront le dernier jour du délai pour se décider. Si les actions ont monté, ils les prendront ; si elles ont baissé ils les laisseront aux cessionnaires. Il est facile d'éviter cela en laissant au cédant la faculté de garder le titre si le cessionnaire proposé est évincé par le droit de

préemption. Pour supprimer toute discussion à ce sujet, l'insertion dans les statuts de dispositions claires et précises est indispensable. Le système le plus équitable paraît de prendre la moyenne des cours extrêmes cotés depuis le jour de la déclaration du cédant jusqu'à et y compris celui de l'acceptation du bénéficiaire.

Si la cotation comparée permet une fixation rapide et aisée du prix de rachat, son établissement dans les sociétés qui ne possèdent pas déjà deux catégories d'actions est assez compliqué. D'ailleurs, c'est le cas de la plupart de celles où les actions sont soumises à ces restrictions. Le plus grave inconvénient est de ne pas exclure totalement les indésirables, qui seront au courant de l'activité de la société et s'en serviront pour détourner sa clientèle. Au contraire, la capitalisation des bénéfices de l'entreprise détermine équitablement la valeur de l'action, tout en écartant totalement les adversaires. Seulement, le calcul sera beaucoup moins simple. Parmi les éléments de cette valeur, deux sont faciles à connaître : ce sont le capital nominal de chaque action et la part proportionnelle qui lui revient dans les réserves. Cette dernière s'obtient en divisant le montant des réserves par le nombre d'actions. Mais un autre élément dont il conviendrait de tenir compte, la valeur industrielle de l'affaire, a une grande importance et c'est son appréciation qui rencontre le plus d'obstacles. En effet, il entre une grande part d'incertitude dans une telle estimation, mais certains renseignements précis permettent de chiffrer la rentabilité véritable de l'entreprise dans le passé tout proche. C'est d'ailleurs ce qui constitue une des principales bases des cours de Bourse, pour les titres qui y sont cotés.

Pour établir cette valeur industrielle, divers moyens sont à la disposition de la société. Le premier qui vient à l'esprit consiste à capitaliser les dividendes distribués. En général on prend la moyenne des dividendes de plusieurs exercices, trois le plus souvent, afin d'éliminer l'influence des causes accidentelles de variations et on la multiplie par un nombre représentant la proportion jugée devoir exister entre le capital et le revenu. Habituellement on capitalise tout le dividende et on détermine ainsi le prix total de l'action. L'article 12 des statuts de la Société du Progrès de la Somme contenait une disposition de ce genre¹. Il serait plus exact de calculer à part la rentabilité spéciale de la société. Pour cela, le dividende distribué sera diminué de la somme représentant l'intérêt au taux usuel du capital nominal et de la part de réserves de chaque action. Il serait naturel d'adopter, pour le taux appliqué au surplus du dividende, l'indice du revenu des titres de même nature cotés à la Bourse de Paris pour l'exercice précédent. En additionnant cette valeur capitalisée du surplus de dividende avec la valeur de la part de réserve et le montant nominal de l'action, on obtiendra un prix de rachat, qui se rapprochera davantage de la vérité.

Cependant, ce procédé a l'inconvénient de faire varier la valeur industrielle de l'affaire et, par suite, le prix de préemption selon la proportion des bénéfices distribués. Or la variation de cette proportion n'est pas en rapport nécessaire avec la prospérité de l'entreprise. Quoique les bénéfices non distribués entrent dans le calcul de la part de réserves, le prix sera différent si la

1. Cour d'Amiens, 12 juillet 1929, *Journ. des Soc.* 1929, p. 659.

totalité ou la plus grande partie des bénéfices n'est pas distribuée en raison de l'inégalité entre le taux d'intérêt de la part de réserves et celui de capitalisation du surplus de dividende choisi comme plus haut. Il ne correspondra plus, d'une manière aussi exacte, à la véritable valeur de l'action. L'assemblée ne sera guère tentée d'augmenter les réserves pour faire baisser le montant du rachat. Car il lui sera difficile de prévoir l'exercice de la préemption, si on se base sur la moyenne de plusieurs années précédentes.

Le calcul de l'intérêt sur le capital est aisé. Pour les réserves, quoiqu'elles varient d'une année à l'autre, l'opération ne sera pas compliquée. Car on ne peut raisonnablement prendre en considération que leur état d'après le bilan du dernier exercice et il est normal que le prix du titre se ressente de leurs fluctuations.

Pour éviter les variations résultant du jeu de la répartition des bénéfices, la valeur de l'affaire sera appréciée, d'une manière plus conforme à la vérité, si on part des bénéfices réalisés et non de la part attribuée immédiatement aux actionnaires. Mais on devra déduire du total indiqué par le solde créditeur du compte de profits et pertes toutes les sommes qui, en vertu des statuts, sont attribuées à certaines personnes à raison d'une qualité autre que celle d'actionnaire : rémunération du Conseil d'administration, droits des parts de fondateurs, etc... Après cette déduction, on détermine la part de chaque action et c'est sur cette part qu'on procède comme il a été indiqué plus haut.

La méthode envisagée peut être également appliquée aux actions de jouissance. En effet, le capital nominal de ces titres étant réduit à zéro, on se contentera

d'additionner leur part dans les réserves et la valeur capitalisée du surplus des bénéfices nets moyens afférents à ces titres au cours des trois derniers exercices, période ordinairement envisagée. Il n'y aura à retrancher du bénéfice avant capitalisation que l'intérêt au taux courant, de la part de réserves. Si les actions de capital sont partiellement amorties, on ne tiendra compte que du capital non encore remboursé mais rien ne sera modifié dans le mécanisme d'évaluation. Pendant les premiers exercices qui, en général, sont improductifs, ce procédé ne sera pas utilisable et il convient de fixer un prix forfaitaire. En pratique c'est la valeur nominale du titre ou une fraction de cette valeur, qui ne doit pas être inférieure à la moitié de celle-ci.

Si cette formule supprime l'arbitraire de l'Assemblée générale ordinaire, il n'élimine pas celui des fondateurs ou des assemblées qualifiées pour modifier les statuts. Car le point délicat se trouve dans la fixation des taux entrant dans la détermination de la valeur réelle du titre. La jurisprudence, du reste, n'hésiterait certainement pas à annuler des dispositions statutaires conçues sur les bases indiquées, mais dont les taux seraient manifestement en désaccord avec les faits. Cela résulte très nettement de l'arrêt de la Cour d'Amiens du 12 juillet 1929, déjà signalé, intervenu à propos d'une clause donnant à l'Assemblée générale mission de déterminer le prix, en prenant pour base le dividende de l'exercice précédent capitalisé au taux de 10% (article 12 nouveau des statuts). Cette disposition fut annulée pour le motif que ce taux était « infiniment trop élevé, même pour une affaire aussi notoirement prospère que celle en cause ». Les rédacteurs de statuts ne sauraient donc prendre trop de

précaution dans l'indication de ces pourcentages. Pour la détermination de l'intérêt normal du capital et des réserves, il est plus prudent de se référer à une notion qui varie avec l'état économique; le taux de l'escompte pratiqué par une Banque déterminée est tout à fait indiqué. La société n'a pas intérêt à choisir celui de la Banque de France, à moins de lui ajouter par une disposition statutaire 1 ou 2 %, car l'argent rapporte généralement plus, même dans des placements aussi sûrs, mais à long terme. Sans cette correction, on obtiendrait un prix de rachat trop élevé, résultant de l'emploi d'un taux de revenu insuffisant pour les entreprises industrielles. Quant au taux de capitalisation du surplus de bénéfice net de chaque action, il est fort difficile à déterminer et l'on ne peut donner à son sujet que des indications très vagues. Il ne devra guère dépasser 10 %, ni descendre au-dessous de 5 %; cela dépend de la nature des affaires.

Cependant, si un tel procédé est le plus équitable pour arriver à l'estimation exacte de l'action, il ne tient pas compte de certains éléments impondérables qu'apprécie la cotation en Bourse. Ce sont le potentiel d'espérances de la société et les sous-évaluations de son actif. En effet il n'existe aucune donnée précise qui permette d'estimer, d'une manière satisfaisante, le développement, dans un avenir même très proche, des affaires sociales.

De plus, pour des motifs fiscaux et conformément aux principes d'une prudente gestion, les divers biens qui composent l'actif figurent au bilan avec des valeurs inférieures à leur prix réel. Cela provient aussi de la baisse de la monnaie, qui a joué un rôle considérable. Mais, en dehors de ce dernier facteur, qui est déterminé, tout le reste échappe à une règle quelconque d'évaluation.

Deux procédés se présentent pour remédier à cette insuffisance : ou bien charger l'Assemblée générale de fixer chaque année un prix de préemption au-dessus du minimum obtenu par le procédé indiqué ; ou bien organiser des enchères entre actionnaires avec mise à prix déterminée de la même façon. Le premier n'est guère à conseiller ; il risque de diviser les actionnaires en acheteurs en vendeurs éventuels et de favoriser, selon les événements, les manœuvres des uns ou celles des autres. Le second, au contraire, ne fonctionne qu'au moment du rachat et n'entretient pas la discorde dans la société. Il y a au moins quelques chances pour le vendeur qu'entrent plus complètement en ligne de compte les éléments sous-estimés ou étrangers au bilan. A ce sujet, on ne saurait trop s'élever contre la sévérité exagérée du tribunal de Clermont-Ferrand dans son jugement déjà rapporté du 29 octobre 1928. En effet, si la formule visée était différente de celle préconisée ici, seul le taux de capitalisation était critiquable, c'est donc à lui seul qu'il faut appliquer la condamnation prononcée et non au procédé de la mise aux enchères.

Cependant, il est plus simple et plus rapide de ne prévoir les enchères qu'au cas où plusieurs personnes se porteraient acquéreurs des actions soumises à préemption, après avoir été averties par une circulaire du nombre d'actions à céder et du prix minimum établi par un procédé automatique. Car, autrement, les enchères ne donneront rien de plus et le retard occasionné peut porter préjudice au cédant.

Au point de vue juridique et en résumé, la qualité de l'organe social qui fixe le prix importe peu. Il faut seulement limiter ses pouvoirs en cette matière par un

minimum, établi sur des bases aussi automatiques que possible. Pour éviter toute critique, celui-ci devra comporter des taux de capitalisation faciles à connaître et fixés en dehors de toute intervention des représentants de la société : taux de l'escompte d'une Banque déterminée, indice du revenu des principales valeurs cotées à une Bourse donnée, etc. Cependant, le contrôle des tribunaux existe toujours à l'égard de ces dispositions statutaires, car il y a lieu d'appliquer ici la théorie, communément appelée, de l'abus des droits. La préemption est une mesure que l'Assemblée générale peut adopter dans les conditions prévues par l'art. 31, al. 3 modifié de la loi du 24 juillet 1867. Seulement, l'actionnaire est autorisé à démontrer que l'indemnité de rachat ne correspond pas à la valeur réelle du titre, et les tribunaux devront se montrer sévères dans l'appréciation des preuves fournies par le demandeur. Une telle demande en justice est basée sur le principe de l'art. 1382 du C. civil et l'inutilité de la clause à l'égard des intérêts sociaux ne suffirait, à notre avis, à en faire prononcer la nullité que si elle était accompagnée d'une intention de nuire à certains actionnaires.

Section II. — Bénéficiaires du droit.

Il ne faudrait pas s'imaginer que toutes les difficultés sont écartées si on a fixé un délai et une indemnité équitable pour l'exercice de la préemption. Le choix des bénéficiaires du droit est également important : car l'efficacité de cette mesure de défense en dépend pour une bonne part. En effet, si les titulaires sont nombreux, la société a plus de chances de trouver quel-

qu'un qui fasse usage de son droit, en cas de cession se présentant dans un moment difficile. D'ailleurs, son attribution à certaines personnes est sujette à controverse en raison des règles particulières aux sociétés par actions. Même si la préemption est fixée à un prix équitable, certains actionnaires ont parfois intérêt à se le faire réserver, soit pour augmenter leur influence dans la société, soit pour se procurer des titres susceptibles de grande plus-value.

Pratiquement, le nombre des diverses catégories de titulaires est notablement plus restreint que pour le droit de souscription par préférence. On n'en rencontre en effet que quatre : les actionnaires, les gérants ou les membres du Conseil d'administration ou de surveillance, la société elle-même, enfin certaines personnes étrangères à la société. Mais cette liste n'est nullement limitative et ce droit pourrait être valablement accordé à d'autres personnes. Il convient également d'ajouter que les statuts consentent cet avantage à plusieurs catégories à la fois, à l'une d'elles, à défaut de celle désignée en première ligne. Il arrive parfois que tous les actionnaires en sont investis, faute par le Conseil d'administration d'en avoir usé. Dans cette étude, nous rechercherons d'abord si aucune prohibition légale n'entrave la liberté de la société à cet égard. Ensuite, nous dirons un mot des particularités de chaque catégorie.

§ 1. *Limites du choix*

Aucun texte ne limite directement le choix des bénéficiaires de la préemption. Cela est tout naturel, car nulle part la loi ne parle de cette clause et elle en ignore l'exis-

tence. Mais, parmi les règles déduites des dispositions légales sur les sociétés par la doctrine et la jurisprudence, il en est qui paraissent s'opposer à la désignation de certaines personnes ; ce sont le principe de l'égalité entre actionnaires et la défense de réduire le capital social sans observer les formalités spéciales à cette mesure. L'idée commune à ces deux notions est de proscrire toutes les mesures qui conduiraient, par des voies détournées, à éluder les précautions légales. Mais chacune a son domaine propre et protège des personnes différentes. Il faut donc les envisager séparément et indiquer comment elles restreignent le champ des titulaires éventuels du droit.

L'égalité entre les actionnaires est un principe très commode que la jurisprudence invoque fréquemment, mais qu'il ne faut pas appliquer d'une manière absolue. D'après l'interprétation conforme aux vues du législateur et aux nécessités de la pratique, cette formule signifie en particulier que, si des avantages sont concédés à quelques actionnaires, ils doivent l'être ouvertement et non en conséquence d'une mesure qui ne les comporte pas nécessairement. Il faut, en effet, que les décisions prises à ce sujet le soient par l'Assemblée générale et que celle-ci puisse se rendre compte exactement des répercussions de son vote. Il est donc indispensable de lui en faire connaître, d'une manière précise, les bénéficiaires et l'étendue. Mais, si cette condition est remplie ainsi que celles de *quorum* et de majorité suivant l'importance de la mesure, le vote favorable émis sur ce point liera les actionnaires et ne sera pas susceptible d'annulation. Tout cela semble très aisé en théorie ; mais la difficulté consiste à préciser quel degré d'indétermination

est admissible dans la personne des associés favorisés et dans les avantages proposés. Ce qui concerne ces derniers se rattache aux modalités de la préemption qui ont fait l'objet de la section précédente et ne sera donc pas examiné ici à nouveau.

Pour la désignation des personnes, il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite nominativement dans le texte soumis à approbation. Cependant, on doit exiger qu'il soit facile de les déterminer le moment venu. Ce sera le cas, par exemple, d'un droit réservé au Conseil d'administration¹. C'est au moment où l'actionnaire manifestera sa volonté de cession que sera su le nom des titulaires. De plus, s'il est normal d'autoriser le choix ultérieur des bénéficiaires par les organes de la société, l'attribution de ce pouvoir au seul Conseil d'administration n'est pas à l'abri de toute critique, car l'Assemblée ne peut se faire une idée suffisamment nette des personnes appelées à exercer le droit. D'autre part, en se démunissant à l'avance de tout moyen de contrôle, elle se met dans l'impossibilité d'exercer la mission à elle confiée par la loi, ce qui ne saurait lui être permis. La jurisprudence, jusqu'ici plutôt favorable aux clauses de préemption, s'est montrée récemment très stricte à cet égard. L'arrêt de la Cour d'Amiens du 12 juillet 1929,

1. A ce sujet, il convient de signaler un jugement du Tribunal civil d'Avesnes en date du 17 décembre 1930 (*Journal des Sociétés*, 1931, p. 292). Cette décision valide l'attribution de la préemption au seul Conseil d'administration et proclame que, dans cette hypothèse, le Conseil n'était nullement tenu de mettre tous les actionnaires à même d'en profiter au prorata du nombre de leurs actions. En désignant comme bénéficiaires des administrateurs, le Conseil n'a commis aucune faute; car, d'après les magistrats, le Conseil n'a aucune personnalité juridique, et si les fondateurs avaient voulu en « faire profiter tous les actionnaires, ils l'auraient expressément stipulé ». Ces solutions ne soulevèrent aucune critique et doivent être entièrement approuvées.

déjà cité, constitue une manifestation très nette de cette tendance.

Voyons d'abord les faits. Les statuts de la société anonyme du Journal *Le Progrès de la Somme* contenaient une clause accordant le droit d'achat des actions par préférence à chaque associé. Par suite des modifications aux statuts, votées le 14 mars 1925, le droit est retiré aux actionnaires et attribué à la société, qui l'exerce par l'intermédiaire du Conseil d'administration. Ce dernier est chargé de rétrocéder les actions « à tel acquéreur que bon lui semblera ». Il y a là une complication du procédé courant qui accorde le droit au Conseil et aux personnes qu'il désigne, complication qui n'évite nullement les objections indiquées plus haut. Un actionnaire, mécontent de ces dispositions nouvelles, ayant attaqué les décisions prises, la Cour d'Amiens, saisie de l'affaire, annula sur ce point la clause en se fondant sur le motif suivant : « Attendu que la règle la plus intangible de la législation des sociétés en droit français est l'égalité des actionnaires... que les dispositions nouvelles la rompent, au contraire, par la mise à la disposition du Conseil, *sans contrôle*, des actions acquises par préemption, lui permettant d'avantager certains actionnaires. »

Il ne faut pas attribuer à cet arrêt une portée trop absolue. Aucun argument ne saurait en être tiré contre la réserve du droit aux seuls membres du Conseil d'administration, quoique certaines expressions donneraient à à le penser. En effet, la loi française n'interdit nullement d'attribuer un droit à certains actionnaires; les actions de priorité en sont la preuve. Mais elle ne veut pas que des faveurs soient accordées à des personnes que l'Assemblée générale n'a pas été en mesure de con-

naître d'une façon nette. Cela s'applique, que le droit soit exercé par les bénéficiaires définitifs ou par la société qui leur rétrocède ensuite les titres. C'est en ce sens que la formule de la Cour doit être entendue et on doit l'approuver de protéger énergiquement les actionnaires contre l'omnipotence de fait du Conseil d'administration. Cependant, il faut bien avouer que la désignation de bénéficiaires par le Conseil d'administration offre des avantages pratiques qu'il est difficile d'obtenir autrement. Il peut arriver que les membres du Conseil ne disposent pas personnellement des sommes nécessaires pour bénéficier de la préemption. Une telle stipulation sera parfois indispensable pour éviter l'augmentation d'influence d'un actionnaire qui s'est révélé dangereux pour la société. Si on la déclare nulle, la société sera dépourvue de protection, au moment où elle en aura le plus besoin. D'ailleurs, pour empêcher les abus, la liberté du Conseil peut recevoir certaines limitations. En raison de ces arguments de fait et de la nature quelque peu élastique du principe d'égalité des actionnaires, la solution de l'arrêt d'Amiens ne doit pas être généralisée.

L'analyse de l'espèce soumise à la Cour d'Amiens soulève la question de la réduction du capital social. Cette opération n'est nullement prohibée d'une manière absolue. Seulement, à cause des dangers qu'elle présente pour les créanciers sociaux, la loi a exigé certaines conditions et prescrit la publicité des décisions prises à cet égard. Il faut donc se demander si le droit de préemption n'entraîne pas une réduction indirecte du capital social, quand il est consenti au profit de la société elle-même. Cela dépend de la provenance des fonds qui servent à effectuer l'achat. Il n'y a en effet réduction du capital social que

si l'actif social ne comprend pas de réserves et si l'exercice clos, mais non encore approuvé, n'a pas produit de bénéfices suffisants. Il en serait de même si les sommes nécessaires à l'opération étaient supérieures au montant de l'excédent de l'actif sur le passif. Dans toutes ces hypothèses, l'exercice du droit par la société ne serait pas valable à moins qu'elle n'observe les formalités prévues par la loi. Si tous les auteurs¹ s'accordent sur ce point, plusieurs² vont plus loin et décident que, même en observant la loi, la société ne peut jamais invoquer la préemption, si, pour l'exercer, elle est obligée de diminuer le capital social, car un temps assez long sera nécessaire pour y parvenir et dépassera le délai qu'il est raisonnable d'accorder au bénéficiaire. Il en résultera une entrave excessive au droit de libre disposition de l'actionnaire, qui ne peut être tolérée.

Quand la société utilise ses réserves en général ou même le fond spécialement prélevé sur ces dernières dans ce but, le rachat par la société de ses propres actions doit être admis sans hésiter, quand les titres ainsi acquis sont ensuite annulés. Il est plus difficile d'accepter la même solution, quand la société est autorisée à conserver les actions, car elle devient titulaire de droits à l'encontre d'elle-même, et une pareille situation constitue une source de complications. Quoique cela cadre mal avec une organisation logique de la société, il serait exorbitant de proscrire une telle combinaison. En effet, la loi de 1867 ne prononce aucune interdiction à ce sujet.

1. Houpin et Bosvieux, t. I, p. 464, Moliérac, *Revue des Sociétés*, 1925, p. 444; Gaston Lagarde, *Revue critique de Législation*, 1928, p. 108.

2. Escarra, *Annales de droit commercial*, 1911, p. 443; Moliérac, *loc. citato*.

En outre, c'est un procédé de défense dont l'emploi peut rendre de grands services, quand les actionnaires ou les membres du Conseil d'administration ne sont pas individuellement en mesure de l'utiliser. D'ailleurs, la Cour de cassation a implicitement approuvé cette conception dans un arrêt très net du 15 mars 1927¹. Le sieur Pasquier, actionnaire des Fonderies de Saint-Chamond, ayant avisé la société de son intention de céder ses 400 actions, celle-ci n'agréa pas le cessionnaire et omit d'en fournir un autre comme elle le devait; Pasquier s'adressa aux tribunaux pour faire condamner la société, malgré son refus, à lui racheter ses actions. La Cour de Lyon lui ayant donné gain de cause, son arrêt fut cassé pour le motif suivant : « faute par Pasquier d'avoir démontré que le prélèvement de la somme nécessaire n'entraînait pas une réduction du capital social ». Il est naturel d'en déduire, par opposition, que, si le rachat pouvait s'effectuer sans réduction du capital, il était parfaitement licite. Mais il est bien évident que le Conseil d'administration doit être habilité, à cet égard, par une clause des statuts ou par un vote de l'Assemblée générale extraordinaire. D'une manière générale, il n'est prudent de recourir à une opération de ce genre que s'il n'y a pas d'autre moyen d'éviter les intrusions fâcheuses, car la doctrine n'est pas très ferme et la jurisprudence n'est pas encore fixée.

§ 2. *Catégories et combinaisons en usage*

Il reste maintenant quelques mots à dire sur les autres catégories usuelles de bénéficiaires : les actionnai-

1. D. H. 1927, p. 255.

res, les employés de la société. D'ailleurs, si chacune d'elles est étudiée ici séparément, en pratique les statuts adoptent souvent des combinaisons où entrent plusieurs de celles-ci. C'est par un bref exposé de ces diverses rédactions des statuts que se termineront les développements sur le choix du bénéficiaire.

L'attribution du droit à tous les actionnaires sans distinction est le plus fréquemment stipulée dans les statuts originaux. Cependant, les modifications qui instituent la préemption l'organisent plus rarement ainsi¹ : lorsqu'en effet on s'est aperçu du danger de la présence de certaines personnes dans la société, pour éviter d'accroître l'influence de celles-ci, l'exercice du droit est réservé au Conseil d'administration ou aux gérants. L'attribution à tous les actionnaires est tout à fait régulière. Seulement, il est indispensable de prévoir une mise aux enchères, si plusieurs personnes veulent à la fois acquérir les actions cédées. Ce n'est du reste pas le seul moyen possible de départager les amateurs, et il pourrait être valablement décidé, sous réserve d'une fixation équitable du prix, que chacun obtiendrait un nombre de titres proportionnels à l'importance de sa participation dans la société.

Autrefois, la jurisprudence avait fait des difficultés pour autoriser les clauses de ce genre. La Cour de Douai, dans un arrêt du 11 juillet 1888, avait déclaré que les actions d'une société en commandite par actions, frappées d'une telle restriction au profit de la société et des associés, étaient des parts d'intérêts et que la société était une commandite simple. Le tribunal de commerce

1. Voyez Tribunal de Commerce de Clermont-Ferrand, 29 octobre 1929, D. H. 1929, p. 588.

de la Seine par jugement du 9 mars 1903, avait méconnu, à propos d'une clause combinant la préemption au profit des actionnaires et l'agrément du Conseil, le but et l'utilité de cette disposition en décidant que le refus d'agréer un cessionnaire pour des raisons de convenance tirées de sa personne constituait une faute lourde à la charge du Conseil. Selon lui, une telle manière d'agir était contraire à l'essence des sociétés et à l'ordre public. De telles solutions sont inadmissibles, car les clauses de préemption n'exercent aucune influence sur la forme de la société, à moins qu'elles ne révèlent un *intuitus personae* positif. Celui-ci se manifeste par l'impossibilité pour l'associé de quitter facilement la société et ce n'est pas le cas d'une véritable préemption. En outre, il est tout à fait contraire à la liberté des conventions de refuser à une société par actions le droit d'écarter de son sein les gens qui lui feraient tort.

Les employés de la société font partie des rares personnes étrangères à la société qui se voient attribuer le droit de préemption. Aucun principe juridique ne s'oppose à leur désignation comme bénéficiaire. En pratique, seuls les employés salariés en sont investis et cela se pratique surtout dans les sociétés propriétaires des grands magasins de Paris : Louvre, Bon Marché, notamment. La plupart du temps, le droit n'est accordé aux étrangers que par l'entremise du Conseil d'administration qui les désigne. Les employés sont souvent compris dans cette énumération plus large; mais leur situation juridique n'est pas la même dans tous les cas. Si les statuts parlent des employés, le pacte de préférence s'est formé au moment de la conclusion du contrat de travail et une décision unilatérale de l'Assemblée générale ne pourrait

les en priver. Au contraire, s'il n'est parlé que de personnes choisies par le Conseil d'administration ou les gérants, le Conseil peut se voir retirer le choix de cessionnaires en dehors de la société, et les employés sont privés de cet avantage, sans qu'il soit besoin de les consulter.

En plus de ces catégories simples il en est constitué parfois de plus complexes. D'abord, presque toujours quand le Conseil d'administration est investi du droit de préemption, on lui accorde la faculté de se substituer les personnes qu'il agréera. Parfois, c'est le Conseil qui doit l'exercer en premier lieu et, à son défaut, les actionnaires sont autorisés à s'en prévaloir. Beaucoup d'autres combinaisons sont possibles; nous n'avons indiqué que les formules usuelles. Le champ ouvert aux rédacteurs de statuts est très vaste; il est seulement limité, d'une manière très nette, par l'obligation de ne pas employer de fonds provenant du capital social ou de la réserve légale. La notion d'égalité des actionnaires ne fournit que des données assez vagues, il suffit d'en retenir que le droit de préemption, s'il est un avantage pour certains associés, leur doit être octroyé sans détours.

Pour conclure d'un mot ce chapitre, il suffit de constater que toutes les règles énoncées sur les modalités du droit aboutissent à assurer l'exercice de la liberté de départ de l'actionnaire.

CHAPITRE II

LIMITES D'EXERCICE DU DROIT

Le droit de préemption étant subordonné à la réalisation d'une condition, il importe de se demander quelles limites juridiques circonscrivent le choix de l'événement qui le fera naître. Au premier abord, la notion de préférence qu'il renferme semble le confiner dans un champ assez restreint. En effet, puisqu'il s'agit d'acheter des actions, il est normal de penser que seul le projet de vente par l'actionnaire déclenchera valablement le mécanisme du rachat. Des vues aussi étroites retireraient à cette création de la pratique une étendue d'application considérable et ne sauraient triompher. Car, si les précédents exemples de pactes de préférence ne prévoyaient qu'une seule catégorie d'hypothèses, cela ne prouve pas que la nature de cette convention répugne à la variété des faits qui la rendent efficace. Il est tout naturel d'admettre que toute transmission à titre onéreux puisse mettre en branle les mesures de protection contre les individus nuisibles à la société. Par contre, dans les transmissions à titre gratuit, les motifs qui les déterminent forment un obstacle irréductible à l'équivalence devant le cédant du bénéficiaire et du cessionnaire, équivalence qui apparaît comme une des bases

principales de la préférence. De plus, des stipulations formelles à ce sujet semblent se heurter aux dispositions légales sur la dévolution héréditaire des biens.

L'étude de ce difficile problème comprendra deux sections : l'une aura pour objet l'exercice du droit dans les transmissions entre vifs, l'autre sera consacrée à ce même exercice dans les transmissions par décès. C'est cette dernière qui présente le plus d'originalité. Mais le chapitre tout entier offre un intérêt tout particulier, car il est extrêmement curieux d'observer la lutte entre la considération négative de la personne du cessionnaire, de la part de la société, et la considération positive de cette même personne, de la part du cédant.

Section I. — Transmissions entre vifs.

Les transmissions entre vifs forment le domaine habituel d'application de notre pacte. En effet, celles-ci sont les plus nombreuses et il est très naturel de se méfier des nouveaux venus qui s'introduisent dans la société à la faveur d'une offre tentante ou acceptée sous la pression de besoins d'argent. Cela d'ailleurs n'explique nullement l'emploi de la clause pour surveiller les cessions à titre gratuit, celles-ci étant peu fréquentes et ne présentant pas les dangers dénoncés ci-dessus. Cependant, on doit constater que la protection serait illusoire si l'actionnaire était entièrement libre de disposer gratuitement de son titre, car rien ne lui serait plus facile que de toucher le prix du transfert, sans qu'aucune preuve permît d'établir la collusion des parties. Une grave objection de principe s'élève toutefois contre la validité des stipulations étendant la préférence aux modes de dispo-

sitions à titre gratuit; que devient le droit de chacun à faire des libéralités avec les biens qu'il lui plaît d'abandonner et à choisir le bénéficiaire de ses générosités ? Cela mérite réflexion.

Mais ce n'est pas le seul point de vue qui doive retenir notre attention. Après l'avoir examiné dans un premier paragraphe sur les modes de transmission, il y aura lieu de dire dans un second si toutes les catégories de cessionnaires sont susceptibles de se voir évincées par la préemption. Enfin, dans un troisième, sera analysée la garantie indispensable, quoique médiocre, de la propriété de l'actionnaire : son droit de renoncer à toute transmission et de conserver ses titres. Ainsi, le rôle de l'*intuitus personae* partiel dans les aliénations d'actions entre vifs apparaîtra dans toute son ampleur.

§ 1. *Modes de transmission*

Les dispositions statutaires présentent une grande diversité de formules sur les modes de transmission soumis au contrôle des organes sociaux. Pour exposer à fond le problème, il faut répondre à deux questions : l'une examine la validité de chaque clause, l'autre recherche son interprétation. Leur importance respective est inégale et varie quelque peu suivant que la cession s'opère à titre onéreux ou à titre gratuit.

Cette distinction des stipulations est tout à fait appropriée à l'étude des motifs susceptibles d'annuler les mesures de protection des sociétés. Pour nous y conformer, parlons d'abord des mutations d'actionnaires à titre onéreux. La société a intérêt à surveiller non seulement tout

changement de propriétaire, mais encore toute opération qui, sans déplacer la propriété, autoriserait un autre que l'actionnaire primitif à participer au fonctionnement de la société. Cette dernière expression, plus large, vise la constitution d'un usufruit sur les actions et leur mise en gage. En effet, l'usufruitier et le gagiste sont en principe les seuls qualifiés pour participer aux Assemblées générales. Mais les statuts peuvent réserver ce droit au nu-propriétaire et ce sera là une mesure très sage, permettant à l'actionnaire de faire des libéralités, sans nuire à la société. En outre, la jurisprudence, en général, considère que c'est au débiteur qu'appartient le droit de représenter les actions. En pratique, la préemption ne sera utile que si le propriétaire est remplacé et, le plus souvent, cela se produira à la suite d'une vente concernant soit la pleine, soit la nue-propriété. L'échange ne se rencontre presque jamais.

Un obstacle à la validité d'une telle clause semble résider dans les dispositions légales qui imposent, dans certains cas, l'emploi de formes particulières pour l'aliénation des meubles : celles de la vente aux enchères. Pour se prononcer, une distinction très nette s'impose entre la vente des biens d'incapables et celle des biens d'un débiteur défaillant. En ce qui concerne ce dernier cas, les créanciers sont tenus de respecter les restrictions apportées à la circulation des actions, car ils doivent prendre les biens tels qu'ils sont entrés dans le patrimoine du débiteur. Cela s'appliquera pleinement si les statuts originaux organisaient ce droit. S'il n'a été établi que postérieurement par une modification des statuts, la nullité pourra en être obtenue par les créanciers, s'ils prouvent l'irrégularité de la décision. De plus,

en vertu de l'action Paulienne, ils sont autorisés à démontrer que leur débiteur, en vue de les frauder, a créé la majorité favorable, soit par le nombre de ses actions, soit par persuasion. Il ne sera pas nécessaire qu'il y ait eu complicité des autres actionnaires. Pratiquement, la conviction des magistrats résultera de l'absence d'intérêt, pour la société, d'une stipulation de ce genre. D'ailleurs, l'importance de leur gage n'est nullement diminuée et ils recevront le prix fixé selon les bases statutaires dont ils peuvent seulement critiquer l'insuffisance.

S'il s'agit de titres appartenant à un incapable, la réponse est plus délicate. Le placement de capitaux en titres de ce genre ne doit pas lui être interdit. Car il peut y avoir intérêt pour lui à en acquérir de semblables. S'il entre dans la société, il doit remplir, par lui-même ou son représentant, toutes les obligations imposées aux associés. Seulement, en vertu de la loi du 27 février 1880, la souscription ou l'achat de valeurs mobilières au profit de mineurs ou d'interdits est soumise à l'autorisation du conseil de famille et, en plus, à l'homologation du tribunal pour les sommes supérieures à 1500 francs. L'observation de ces formalités protégera l'incapable contre l'acquisition inconsidérée de titres de ce genre. Si cette particularité n'avait pas été portée à la connaissance du conseil de famille, la responsabilité du préjudice causé incomberait au tuteur et la clause serait maintenue. Ce préjudice n'existera en fait que si la société fait de mauvaises affaires. Car le retard imposé pour l'usage de la préemption empêchera de se débarrasser de la valeur aux meilleures conditions. Le dommage, qui résulterait des modes de

calcul du prix, entraînerait l'annulation de l'article des statuts qui l'organise, en vertu des règles précisées au chapitre I, section I. L'emploi des capitaux du prodigue doit être surveillé par son conseil judiciaire; celui-ci veillera à ce que les titres achetés soient sûrs et donnent un revenu avantageux. La présence d'un droit de préemption serait plutôt favorable au prodigue, puisqu'il tend à la conservation du titre entre ses mains. Il est d'ailleurs peu probable que de telles valeurs tentent beaucoup l'incapable. Si son conseil autorisait la souscription ou l'achat de titres soumis à un prix de rachat trop inférieur, il serait responsable, vis-à-vis du prodigue, du dommage causé par cette clause par suite de la nécessité d'en poursuivre l'annulation.

Parfois, c'est par une modification aux statuts survenue pendant l'incapacité que la liberté de cession est restreinte. Le vote de l'Assemblée générale extraordinaire lie tous les associés, même les incapables, car ceux-ci peuvent concourir à la décision par leur participation ou celle de leurs représentants à l'Assemblée réunie dans ce but. Le prodigue n'a pas besoin de l'assistance de son conseil. En fait, il est peu probable qu'il se montre favorable à une telle mesure. Le tuteur remplacera les mineurs ou les interdits et l'autorisation du conseil de famille n'est nullement nécessaire pour valider, à l'égard des titres de l'incapable, une telle limite à la liberté de cession. Le tuteur ne répondra des dommages qui en résulteront que si l'inutilité pour la société ou l'influence déterminante de son vote dans la majorité est nettement établie.

L'application de la clause de préférence aux mutations d'actions effectuées à titre gratuit est plutôt sur-

prenante et d'un caractère original qui ne s'était pas rencontré jusque-là. Il est cependant très aisé d'en comprendre le motif. Après s'être prémunies contre les aliénations nécessitées par les besoins d'argent des actionnaires, les sociétés ont dû renforcer leurs précautions et contrôler les cessions paraissant à titre gratuit. De plus, en dehors de toute possibilité de simulation, la reconnaissance ou l'affection aveugle l'actionnaire sur les défauts du cessionnaire. Les liens du sang ne sont pas nécessairement la garantie des qualités personnelles et il est parfaitement légitime que des groupements de capitaux cherchent à éviter les causes de trouble dans le développement de leur activité.

Seulement, s'il est normal de remplacer une personne par une autre dans une transmission à titre onéreux où la qualité du co-contractant est presque indifférente, cela paraît étrange dans les transmissions gratuites où la considération de la personne du gratifié a une importance essentielle. En réalité, il faut bien se rendre compte qu'il n'y a pas simple substitution d'individus, mais changement de transfert de propriété. Nous avons déjà rencontré quelque chose de semblable, mais sous un aspect moins accentué, dans une espèce où il était convenu qu'avant de vendre un immeuble, son propriétaire devrait en offrir l'échange à des personnes déterminées.

L'originalité d'une telle stipulation peut éveiller les soupçons sur la validité des accords de volonté qui restreignent la cession gratuite des actions, mais elle ne suffit nullement à les justifier. Il faudrait, pour condamner cette clause, un texte exprès ou implicite. La loi elle-même apporte bien des restrictions au droit pour chacun de disposer librement de ses biens et de choisir

les bénéficiaires de ses dons. Cependant, une renonciation totale et absolue à cette faculté serait nulle. Ici rien de tel n'est imposé au propriétaire des actions. Le pacte de préférence, qui est un contrat de réglementation, se borne à réserver à un tiers intéressé un contrôle sur les personnes à qui les actions seraient transmises par le propriétaire. Pour faciliter ce contrôle et éviter les discussions, quand les gratifiés risquent de porter préjudice à l'intéressé, d'autres titulaires sont substitués à ceux choisis par l'actionnaire et les nouveaux versent une somme correspondant à la valeur du titre. Cela n'empêche, en aucune manière, l'associé de faire des donations à qui bon lui semble. La limitation ne concerne que les biens susceptibles de faire l'objet de la liberté. Au rebours de ce qui se passe dans les transmissions à titre onéreux, c'est la considération du bien donné qui est secondaire et le prix de rachat vient remplacer les actions offertes au donataire. En raison de l'absence de texte prohibitif ou de motif d'intérêt général interdisant les renonciations partielles au libre choix des biens donnés, les clauses étendant la préemption aux cessions à titre gratuit doivent être déclarées pleinement valables.

Ce principe a été reconnu par la Cour d'Amiens dans son arrêt du 12 juillet 1929, qui d'ailleurs n'en donne aucune justification. Elle se contente de déclarer que l'extension des statuts à ce cas ne rencontre aucun obstacle légal et rentre dans les pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire. Car, suivant elle, ces cessions « n'intéressent que le droit, purement moral et étranger aux engagements pécuniaires de l'actionnaire, de se perpétuer dans la société ». La Cour ne fait aucune distinction entre les transmissions gratuites entre vifs et

celles par décès. A notre avis, une telle attitude sur ce point encourt le grave reproche de perdre de vue l'importance que la loi attache à la dévolution héréditaire des biens et nous montrerons, dans la section II de ce chapitre, les sérieuses critiques soulevées à ce sujet.

L'interprétation des clauses statutaires, qu'il convient d'examiner maintenant, a désormais une importance pratique plutôt réduite car, à présent, les statuts emploient des formules très générales qui englobent toutes les cessions entre vifs. C'est le cas des statuts de la société du Progrès de la Somme, article 2: « en cas de transfert d'actions, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, onéreux ou gratuit, etc... » D'autres édictent expressément des exceptions au principe général du rachat posé par eux; par exemple l'article 9 des statuts de la société en commandite par actions Michelin. En général, ce sont les statuts anciens qui manquent de clarté à cet égard. Les principes généraux sur l'interprétation des conventions aideront à dégager l'intention des parties. Ce pacte ayant pour résultat d'entraver la libre circulation des actions, qui est un principe fondamental, mais non absolu, de la législation des sociétés, une interprétation restrictive s'impose. Cependant, il n'est pas nécessaire que les statuts énumèrent tous les modes de transmission entre vifs. Il suffira qu'ils emploient une expression à la fois générale et précise. Le terme de cession, malgré sa généralité, s'applique plutôt aux transmissions à titre onéreux et il dépendra de l'intention des parties qu'il englobe ou non les transmissions à titre gratuit, mais il viserait certainement les ventes par adjudication publique.

Par exception, le nantissement des actions ne donne-

rait pas lieu à la préemption prévue pour les transferts de propriété, sauf si le créancier gagiste prétendait participer aux assemblées générales. Que se passerait-il, quand les statuts parlent de transmission et que la propriété de l'action a été décomposée en usufruit et en nue-propriété ? Il faut distinguer suivant que les statuts attribuent la représentation des titres dans les assemblées générales au nupropriétaire ou à l'usufruitier. Etant donné le motif de la clause, il est logique d'en déduire que la préemption fonctionnera chaque fois que changera le représentant des actions. Si les statuts attribuent la représentation au nupropriétaire, la préemption s'ouvrira seulement au cas de changements dans la personne de ce dernier. Il faut toutefois remarquer que cette dernière combinaison laisse plus de liberté à l'actionnaire pour faire des libéralités, puisqu'il disposera des avantages pécuniaires de l'action sans nuire à la société. Enfin, la mort de l'usufruitier, quand c'est celui-ci qui doit participer aux assemblées, entraîne changement dans la personne chargée de la représentation des actions et il faudra appliquer les règles concernant les transmissions par décès.

§ 2. *Qualité des cessionnaires évincés.*

C'est l'entrée de nouveaux membres qui a paru d'abord nécessiter des mesures de protection inscrites dans les statuts primitifs. Par la suite, l'expérience a conduit des sociétés déjà existantes à limiter, dans l'avenir, la circulation de leurs titres, en raison de l'entrée dans la société de personnes dont l'influence s'est révélée malfaisante. C'est alors seulement qu'on s'est préoccupé d'empêcher

ces personnes d'accroître le nombre de leurs actions. C'est l'origine de l'application de la préférence aux cessions entre actionnaires. Mais il faut pour cela une stipulation expresse, car, normalement, les personnes étrangères à la société peuvent seules être écartées. Aucun principe ne fait obstacle à l'institution de ce contrôle. La liberté absolue de cession entre actionnaires n'est nullement essentielle pour assurer au cédant sa liberté de quitter la société. Ce qui importe pour lui c'est de se procurer un cessionnaire et d'obtenir un prix équitable : la préemption lui fournit tout cela, quelle que soit la qualité du cessionnaire évincé. Aucun motif de nullité ne saurait être tiré de ce que la surveillance des organes sociaux s'étend même aux transmissions entre actionnaires. Souvent cet aspect de la clause aura une importance capitale pour la société, car il est difficile, même en édictant les restrictions dans les statuts, de ne choisir comme associés que des personnes sûres. Il est très facile de concevoir aussi qu'un cessionnaire présenté n'a pas été écarté et que les inconvénients de sa présence ne se sont manifestés que par la suite. Cette circonstance réduit notablement la liste des bénéficiaires éventuels du droit. Le choix ne peut se porter que sur le Conseil d'administration ou sur la société. Accorder la faculté de rachat à la société est aléatoire, à cause de la nécessité de l'existence de fonds suffisants. Il sera beaucoup plus sage d'attribuer le droit au Conseil d'administration et aux personnes qu'il désignera, en limitant le cercle dans lequel il pourra choisir. Quand la société possède deux catégories d'actionnaires, il lui arrive de stipuler que les cessions ne seront libres qu'entre actionnaires de même catégorie. Pour assurer la validité de

cette mesure, il sera indispensable d'organiser un droit de préemption, à moins qu'en raison du nombre d'actionnaires de la catégorie du cédant, celui-ci soit assuré de trouver un acquéreur dans des conditions équitables.

Ce dernier exemple fait apparaître, plus nettement que les autres hypothèses, les rapports étroits entre le droit d'agrément et celui de préemption. Ce dernier a d'ailleurs été imaginé pour supprimer les difficultés occasionnées par l'exercice du droit d'agrément. Celui-ci, en effet, ne peut être absolu, car il aboutirait à des abus. Pour dire s'il n'y a pas abus, on est obligé d'apprécier les motifs du refus, et cela engendre une atmosphère de discorde dans la société. En conséquence, la faculté d'agrément est accompagnée d'un droit de préemption que le bénéficiaire est tenu d'exercer s'il refuse d'accepter le cessionnaire proposé. A défaut d'exercice du rachat, la cession pourra être réalisée au profit du cessionnaire prévu et le transfert devra être effectué, malgré l'opposition de la société. La validité de cette combinaison est incontestable, puisque l'actionnaire aura dans tous les cas le moyen de se retirer, soit qu'une autre personne remplace celui qu'il avait choisi, soit que ce dernier soit agréé. Son emploi ne présente un intérêt distinct que lorsque la qualité de la personne est la cause primordiale de la cession; c'est le cas des aliénations à titre gratuit, alors le cédant sera plus rapidement fixé sur l'opération projetée. La détermination du prix est souvent longue et il est alors bien inutile de mettre en branle tout le système, puisque le cédant gardera ses titres si son candidat est rejeté.

§ 3. *Conservation des titres par le cédant.*

En a-t-il vraiment le droit ? C'est toute la question de la conservation des titres par l'actionnaire. La raison d'hésiter vient de ce que la notification de la cession semble s'analyser en une offre avec délai, qui engage le pollicitant pendant toute la durée du délai et se transforme en contrat, si elle est acceptée en temps voulu. Cependant, l'acceptation par l'autre partie ne lie le pollicitant que si elle est complète. Or, cela ne sera guère le cas ici, car il faudrait pour cela que le prix de préemption soit égal à celui offert par le cessionnaire. Si aucune clause touchant des intérêts pécuniaires ne figure dans la communication à la société du projet de cession, l'actionnaire n'indique nullement l'intention de proposer les titres aux bénéficiaires fixés par la société; il demande seulement si la personne présentée ne risque pas de porter atteinte au développement et à la bonne marche de l'entreprise.

Par conséquent, en cas de non-agrément, l'actionnaire est tout à fait libre de refuser la cession et de garder ses actions. Des motifs très légitimes pourront le pousser à agir de la sorte. Ce sera d'abord son désir de ne se défaire de ses titres qu'au profit d'une personne déterminée; si celle-ci est écartée, il n'a nul besoin de trouver un amateur. Cette considération peut exister même si la cession projetée est à titre onéreux. Souvent, l'actionnaire demande une contre-partie pour ne pas s'appauvrir, mais, en réalité, il n'aliène que pour rendre service à un parent ou à un ami. Parfois, la préoccupation dominante du cédant sera d'éviter que ses actions ne grossissent la

participation d'un autre actionnaire. Enfin, le prix de préemption, même régulièrement fixé, peut se trouver inférieur à celui réellement proposé par le tiers, et il est alors tout naturel que l'associé conserve ses titres. Si la société avait dans tous les cas le droit d'imposer le rachat, ce serait une grave atteinte à la liberté des actionnaires de quitter la société quand bon leur semble. Car aucun n'oserait plus tenter une cession, craignant de se voir enlever les titres en dépit de sa volonté. Ce serait un excellent moyen pour les administrateurs de réaliser des profits au détriment des actionnaires. Car rien ne les empêcherait de revendre les actions ainsi acquises à d'autres personnes qui les leur paieraient au-dessus du prix de préemption. Il serait très difficile d'empêcher que la clause ne soit utilisée surtout dans ce but.

En conséquence, pour maintenir la liberté essentielle de l'actionnaire de quitter la société, toute clause, qui forcerait l'actionnaire à abandonner ses actions par l'exercice du droit de préemption, doit être déclarée nulle. Mais cela ne doit pas entraîner la nullité d'une préemption qui, en dehors de cette stipulation accessoire, serait parfaitement régulière.

C'est dans les cessions entre vifs qui constituent son domaine primitif et habituel que la préemption rencontre le moins d'entraves. Les tribunaux, loin de l'écarter en cas d'adjudication publique, ont étendu à cette hypothèse des dispositions statutaires qui ne la visaient pas expressément. Ils autorisent même son exercice à l'occasion de cessions à titre gratuit. La seule limite à la liberté des conventions est dans le droit inaliénable par l'actionnaire de refuser le rachat et de conserver ses titres en cas de non-agrément du cessionnaire.

Section II. — Transmissions par décès.

Les restrictions à la liberté des transmissions par décès sont apparues plus tard que celles visant les cessions entre vifs. Cela s'explique par le fait que les sociétés de familles, les premières qui ont diminué la liberté de circulation des titres n'avaient aucun intérêt à réglementer les transmissions par décès. Lorsque se sont accrus les motifs de contrôler les entrées de nouveaux actionnaires, notamment par la mise en société des journaux, assez rapidement s'est montrée insuffisante la protection contre les seuls ayants cause de l'actionnaire vivant. La pratique a cherché aussi à écarter ceux qui s'introduisaient dans la société par la mort d'un actionnaire. Les clauses qu'elle a imaginées organisent toujours un droit de préemption car, sans cela, la surveillance serait inefficace ou aboutirait à la spoliation des héritiers. La seule variation qui nous intéresse maintenant dans leur fonctionnement est celle qui touche à leur portée. Les unes ne visent que les dispositions testamentaires en faveur d'étrangers à la famille, d'autres atteignent les héritiers désignés par la loi, même ceux en ligne directe.

L'étendue de ces restrictions dépend surtout du motif qui pousse à les édicter. Le maintien des opinions pour un journal, la conservation du secret des travaux pour les sociétés d'études, réclament des mesures très énergiques. La prospérité de la société, le désir de favoriser l'entrée de certaines personnes ne nécessitent pas de réglementer les transmissions par décès.

Dans cette étude, plusieurs questions doivent tre résolues pour dégager l'attitude qu'il convient d'obser-

ver vis-à-vis des diverses formules adoptées par les statuts. Pour y parvenir, la section sera divisée en trois paragraphes : le premier s'occupera de la dévolution testamentaire, le second traitera de la dévolution légale, enfin le dernier posera les règles d'interprétation pour les rédactions ambiguës.

§ 1. *Dévolution testamentaire.*

L'extension de la préemption aux cessions à titre gratuit conduit tout naturellement à la faire jouer en cas de dévolution testamentaire. La plupart des clauses ne la visent pas séparément, elles l'englobent dans des expressions concernant toutes les transmissions par décès. Mais la distinction s'impose, à cause du caractère obligatoire de la transmission s'opérant en vertu de la loi.

Le testament est l'œuvre exclusive de la volonté du testateur. Si celui-ci y recourt, c'est pour modifier les solutions législatives qui ne sont pas d'ordre public et il ne sera pas toujours guidé dans son choix par l'intérêt de la société. Il est donc très légitime que la société cherche à se prémunir contre le choix d'un légataire qui lui serait nuisible. Remarquons tout d'abord que la société n'a guère à redouter le legs fictif car, quoiqu'on en ait dit¹, peu de gens seront disposés à payer pour recevoir par legs les actions qu'ils convoitent, alors que le testateur est toujours libre de révoquer le legs. Mais, en général, son affection pour le légataire aveuglera le disposant sur les inconvénients de l'entrée de son successeur

1. Tamboise, *La stabilité du contrôle dans les sociétés par actions*, p. 129.

dans la société. Pour éviter les conséquences fâcheuses d'un choix inconsidéré, l'actionnaire accepte le contrôle des organes sociaux sur la désignation faite par lui. C'est donc une limitation contractuelle de sa liberté de tester et on peut la considérer comme portant soit sur la nature du bien à transmettre, soit sur les personnes susceptibles d'être gratifiées. En effet, la clause aboutit à remplacer le bien légué par sa valeur en argent et, sous un autre aspect, elle interdit à l'actionnaire de léguer les titres à une personne dont la présence compromettrait peut-être les intérêts sociaux. Cette analyse conduit à se demander si de telles stipulations ne constituent pas un pacte sur succession future. Ce point de vue ne semble pas avoir été envisagé par les auteurs qui, pour la plupart¹, se prononcent en faveur de la validité. La jurisprudence, qui d'ordinaire est très sévère sur ce chapitre, n'a pas relevé cette objection. A notre avis prononcer, pour ce motif, la nullité de toutes les clauses visant les transmissions par décès serait d'un rigorisme exagéré. Car les parties n'envisagent la mort de l'associé que comme un des événements qui engendrent l'exécution d'une convention. Sans doute, les titres qui en font l'objet semblent entrer dans la composition de la succession et être considérés en cette qualité par les contractants. Mais, on peut considérer que c'est seulement l'avantage pécuniaire représenté par le titre qui y entre. Celui-ci n'est nullement atteint par le pacte, à moins que le prix ne soit pas établi sur des bases équitables. Dans ce cas, la nullité devra être prononcée, mais ce sera pour abus par la société du droit de se défendre contre

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 858, 5°, n° 551; Houpin et Bosvieux, t. I, n° 464 (éd. 1928).

des indésirables. Donc, la prohibition légale ne concerne en rien les clauses de préemption dans leur application aux transmissions par décès. Comme, en dehors de ce principe, il n'existe aucune raison de douter de la validité d'un tel accord de volontés, il en résulte que les légataires sont tenus de s'y soumettre. Cependant, il arrive parfois que les personnes instituées par l'actionnaire ne peuvent pas être écartées de sa succession. Le problème est alors tout différent et intéresse le second paragraphe de cette étude qui examine le fonctionnement de la clause en présence d'une dévolution légale des titres.

§ 2. *Dévolution légale.*

L'attribution des biens du défunt n'a lieu en vertu de la loi que quand celui-ci n'a pas fait de testament. Comme il s'agit ici de biens particuliers, il suffit que les legs ne s'occupent pas directement ou indirectement des titres sujets à préemption pour que ces derniers subissent l'application de la loi. Il semblerait, à première vue, que celle-ci présente désormais un caractère impératif, puisque le défunt ne l'a pas modifiée sur les points où elle était susceptible de l'être. L'exercice de la préemption n'y porte pas atteinte, car la loi ne vise que les biens compris dans la succession, et la clause a pour effet de n'y laisser que la valeur pécuniaire de l'action, non l'action elle-même. Mais il s'agit de savoir si cette discrimination est régulière. Dans ce but, la question doit être examinée successivement pour les héritiers non-réservataires et pour les héritiers réservataires. Quand la société se trouve en présence de non-réservataires,

le défunt, qui était libre de priver ses héritiers de tout droit sur ses biens, peut très bien ne leur accorder de droit que sur l'équivalent pécuniaire de ceux-ci. Ici, cette dissociation résulte du contrat de société, soit que les statuts originaires l'aient organisée, soit que des modifications aux statuts l'aient introduite. Cette mesure s'impose aux héritiers, qui sont les ayants cause de l'actionnaire et doivent respecter les engagements pris par lui. La cession des titres sera donc obligatoire pour eux, si les bénéficiaires leur offrent la somme fixée pour le rachat. Cependant leur refus serait justifié, s'ils prouvent que le prix fixé ne correspond pas à la véritable valeur du titre. Dans ce cas, la clause serait annulée et le transfert devrait s'effectuer au profit de l'héritier.

Malgré l'avis d'auteurs considérables¹, qui admettent la validité des clauses de préemption concernant les transmissions par décès « quelle que soit la qualité des héritiers », l'extension de cette solution paraît assez douteuse quand il s'agit des héritiers à réserve. En effet, ceux-ci viennent nécessairement à la succession et il serait étrange que la société fût en droit de les écarter, alors que le défunt ne le pourrait pas. La réserve est au premier chef une institution d'ordre public et tout ce qui est inconciliable avec elle encourt une nullité radicale. Telle est donc la sanction que mérite une disposition écartant les réservataires de l'attribution d'un bien du défunt. M. Tamboise² se rallie à cette opinion et invoque les hésitations de la pratique au sujet de clauses semblables dans les sociétés à responsabilité limitée. A notre avis,

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 557.

2. *Op. citato*, p. 130.

qui s'appuie sur celui de M. Escarra¹, de telles clauses sont au contraire pleinement valables; car la réserve n'existe pas en nature, mais seulement en valeur. Le *de cujus* est libre de léguer les biens qu'il lui plaît, à condition de laisser à ses héritiers la valeur d'une part déterminée de sa fortune. Celle-ci n'est pas nécessairement composée en biens d'une certaine nature. De plus, par un contrat à titre onéreux, le disposant peut valablement s'engager à ne laisser dans sa succession que l'équivalent en argent de son bien. L'héritier n'a pas à se plaindre, car son auteur pouvait le frustrer entièrement par des aliénations à fonds perdu. En conséquence, l'héritier réservataire devra subir l'exercice du droit de préemption par les bénéficiaires et aux conditions fixées par les statuts. Cependant, l'insuffisance du prix légitimerait un refus de se dessaisir des titres et entraînerait la nullité, à plus forte raison encore que dans le cas d'héritiers non réservataires.

Une difficulté pratique s'élève au sujet du fonctionnement de la préemption. Pour opérer le partage plus exactement, il est naturel d'attendre que le prix de préemption ait été fixé. Seulement, il arrive que la société ne redoute que certains copartageants et non pas tous. Alors elle demandera que les titres soient attribués avant de faire connaître sa décision. Comment faire pour procéder à une répartition équitable ? Le seul moyen sera de demander aux services de la société de calculer le montant du prix selon les bases statutaires. Si la procédure consiste en une mise aux enchères sur un prix minimum, on se servira de ce dernier, sauf à partager le

1. Escarra, Des restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions, *Annales de Droit commercial*, 1911, p. 453.

surplus, si le droit était exercé et si la mise aux enchères donnait un résultat plus élevé.

§ 3. *Interprétation des clauses.*

Maintenant, il faut examiner l'interprétation des diverses formules de préférence employées par les statuts. Les plus anciennes ne soumettent à la préemption que les personnes étrangères à la société. C'est une expression vague et de telles restrictions sont trop graves pour qu'on les applique alors que la volonté des parties n'est pas claire. Cette interprétation n'est que la répétition du principe posé à propos des transmissions entre vifs à titre gratuit. Parfois, les statuts autorisent les cessions entre vifs à certains parents de l'actionnaire et au conjoint. Il est logique d'en déduire que la dispense vise également leur attribution par décès à ces mêmes personnes. Pour celles qui n'y figurent pas, il y a lieu de s'en tenir à l'interprétation stricte, et le droit de préemption ne sera pas étendu à ce cas.

La plupart des stipulations récentes s'expriment clairement. Mais leur portée est très variable. Un grand nombre n'organisent la préemption qu'à l'égard des héritiers sauf en ligne directe, et des légataires. C'est le cas, par exemple, de la Société anonyme des rizeries françaises (art. 9), de la société en commandite par actions Michelin (art. 9). Enfin, quelques sociétés, comme la Société centrale des banques de province (art. 14), l'étendent aux successions en ligne directe. Ces dernières stipulations sont plutôt rares. Il est sage de n'en adopter de semblables que si le besoin s'en fait impérieusement

sentir car, malgré toutes les précautions prises, le taux de rachat peut se trouver insuffisant. Cependant, en dépit d'une précision apparente, certaines expressions ont besoin d'être interprétées. Parfois, des statuts déclarent que leurs restrictions ne sont pas opposables aux héritiers ou légataires d'un actionnaire. Dans ce cas, le conjoint survivant qui n'est pas légataire ne pourrait pas en invoquer le bénéfice, car il n'est que successeur irrégulier et non héritier. D'autres ne visent que certaines catégories de légataires. Le sens de cette disposition dépendra du principe posé sur les modalités de la circulation des actions, c'est-à-dire de la généralité ou du caractère exceptionnel donné à la préemption. Si rien n'est précisé à ce sujet, c'est le caractère exceptionnel qui l'emporte, et les autres catégories de légataires n'y seront pas soumises. Il y a aussi des formules trop générales, qui risquent de prêter à discussion, comme celle de l'article 12 des statuts de la Société du Progrès de la Somme : « En cas de transfert d'actions à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, onéreux ou gratuit.. » La Cour d'Amiens l'a validée, mais n'avait pas à déclarer si elle s'étendait aux transmissions par décès. Il semble que cette interprétation serait acceptable, parce que les termes employés révèlent l'intention de donner à la préemption le plus vaste domaine possible. Mais il eût été préférable d'ajouter : « entre vifs ou par décès ».

La conclusion, qui se dégage de cette étude sur la préférence dans les transmissions d'actions par décès, est la pleine validité de ce pacte. Seulement, de même que pour celles s'exerçant sur les transmissions entre vifs, les bases de fixation du prix doivent être impartiales et aboutir à un chiffre sensiblement égal à la

valeur du titre, révélée par des offres sérieuses. Pour assurer une protection efficace à la société, il conviendra d'indiquer clairement l'étendue du contrôle à exercer. Dans ce but, deux méthodes sont recommandées. La première consiste à poser le principe du rachat pour toutes les transmissions, en employant des termes larges mais précis, par exemple: «Toutes les transmissions d'actions, onéreuses ou gratuites, entre vifs ou par décès, etc. » Ensuite, il suffit d'énumérer les hypothèses où ce droit ne sera pas exercé. La seconde énumère d'abord les cas où la transmission est libre et déclare après que toutes les autres transmissions entre vifs ou par décès sont soumises au rachat. Il est, à notre avis, inutile de spécifier en outre que ce droit s'applique aux adjudications publiques ou judiciaires. La généralité des formules conseillées comprend tout cela sans qu'il soit besoin de le détailler.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA PREEMPTION

Le pacte conclu entre la société et l'actionnaire engendre, à la charge de ce dernier, l'obligation de prévenir les représentants sociaux. L'exécution de celle-ci est automatiquement assurée : en effet, pour que la transmission du titre nominatif soit opérée au regard de la société, il faut que celle-ci inscrive sur ses registres le nom du nouveau titulaire. Elle a donc le moyen pratique de forcer l'associé à tenir sa promesse. Mais il ne faut pas en conclure que les bénéficiaires connaîtront toujours la naissance de leur droit. Car, si ce sont des personnes autres que la Société ou le Conseil d'administration, un avertissement spécial sera nécessaire et il leur sera donné par les soins des organes sociaux. En cas d'omission, la société sera responsable. Cela est normal, car il serait excessif d'imposer à l'actionnaire la charge d'avertir tous les bénéficiaires, dont il serait obligé de demander les adresses au siège social. D'ailleurs, en pratique, tous les statuts se contentent d'exiger du cédant, ou de ses héritiers, une notification au siège social. C'est plus rapide et plus commode pour l'actionnaire. De cette façon, le délai a un point de départ unique

à l'égard de tous ceux qui sont investis du droit. Celui-ci sera perdu pour tous par l'expiration du temps convenu, même si les bénéficiaires n'ont pas été prévenus.

Comme, en fait, ils seront avertis et que les conditions du rachat sont fixées, le plus souvent, indépendamment de toute offre faite au cédant, il ne reste guère de difficultés juridiques à résoudre. Car l'aliénation du titre ne peut avoir lieu au mépris du droit. Cependant, quelques points ont besoin d'être éclaircis afin que l'étude soit complète. Ils seront classés sous deux rubriques : les effets du pacte et ceux du droit, qui feront chacune l'objet d'une section spéciale.

Section I. — Effets du pacte.

L'obligation, issue du pacte et qui en est l'effet, constitue une obligation de faire : l'actionnaire s'engage à prévenir la société des mutations projetées de propriétaire et reconnaît à certains des représentants sociaux la faculté d'écarter les personnes proposées par lui. Cela entraîne des conséquences accessoires qui, au rebours de l'obligation principale, sont susceptibles d'inexécution. L'égalité entre le cessionnaire proposé et le bénéficiaire, incluse dans la notion de préférence, mais qui peut être restreinte par une stipulation expresse, impose à ce dernier d'accepter les dispositions offertes par le cessionnaire. En particulier, si la vente porte sur la totalité des actions d'une personne, ceux qui exerceront la préemption devront les racheter toutes. Cette règle s'applique aussi quand la vente ne comprend qu'une partie des titres d'un actionnaire. Dans ce cas, les titu-

lares de la préemption devront prendre toutes les actions qui sont offertes, sans pouvoir se contenter de quelques-unes. Toutefois, les statuts pourraient autoriser une utilisation partielle de la préemption. Cela ne serait pas sans intérêt pratique, au cas où il est nécessaire d'avoir un nombre minimum d'actions pour assister aux assemblées générales. Le rachat partiel serait moins difficile pour le bénéficiaire et écarterait le cessionnaire des assemblées ordinaires, où sont donnés les renseignements sur l'activité de l'entreprise, à moins qu'il ne se réunisse à d'autres pour atteindre le nombre d'actions fixé.

Cependant, quand les statuts sont muets sur la possibilité de rachat partiel par les bénéficiaires, ceux-ci ne sont tenus de racheter en bloc que les titres appartenant au même actionnaire et non tous ceux qui sont cédés à une même personne, quand aucun lien d'indivisibilité n'a été stipulé entre les différentes cessions. Un jugement du Tribunal d'Avesnes¹ a nettement mis en lumière cette solution. Le 7 février 1930, le Conseil d'administration de la Société des usines et boulonneries Hermant Hicguet, saisi d'une demande d'agrément émanant de l'Omnium industriel et financier comme cessionnaire de 2.049 actions appartenant à divers actionnaires l'accepta partiellement, mais exerça le droit de préemption à lui statutairement conféré sur les 528 actions rendues par M. Victor Hicguet, président du Conseil d'administration, afin d'empêcher l'Omnium d'obtenir la majorité dans la société. L'Omnium attaqua alors la décision du Conseil en invoquant divers griefs et notamment que les cessions consenties à l'Omnium formaient

1. Tribunal d'Avesnes, 17 décembre 1930, *Journal des Sociétés*, 1931, p. 292, note signée H. L.

un tout indivisible et que le rachat devait être exercé pour le tout. Il alléguait, à l'appui de cette prétention, que Victor Hicguet « s'était engagé sous certaines conditions à demander l'assentiment du Conseil d'administration et son abandon du droit de préférence, tant pour cette cession que pour d'autres qui lui étaient annoncées. »

Le Tribunal repoussa formellement la prétention de l'Omnium, l'article 9 des statuts déclarant simplement : « Les actions ne peuvent être cédées qu'avec l'assentiment du Conseil d'administration, qui aura toujours la préférence pour le rachat des actions qui pourraient être mises en vente. » En effet, les statuts n'imposaient nullement le rachat en bloc de toutes les actions mises en vente et l'indivisibilité ne pouvait résulter de la déclaration unilatérale de l'Omnium du 29 janvier 1930, qui avait soulevé les protestations les plus énergiques de Victor Hicguet. Enfin, le Tribunal a estimé à juste titre que « si ce dernier avait promis de voter et d'insister pour l'abandon du droit de préférence pour toutes les cessions, il n'avait pas engagé le conseil sur cette question d'indivisibilité. »

Dans le cas où l'actionnaire ayant offert la totalité de ses actions, les bénéficiaires n'ont fait qu'une offre partielle d'achat, le cédant, sauf stipulation expresse des statuts, est libre de choisir son acquéreur. Seulement, il sera tenu de vendre tous ses titres à la même personne. La promesse serait violée s'il faisait des ventes partielles. Sans cela il serait trop facile d'éluder les mesures prises pour surveiller les cessions. Une vente partielle, dans des conditions détaillées plus loin, a été déclarée fautive par un jugement du Tribunal de commerce de Marseille

du 20 décembre 1928¹. Une telle solution mérite une entière approbation, car l'intérêt de l'actionnaire, qui justifiait l'obligation du bénéficiaire, n'existait pas réellement. Cette décision est d'autant plus remarquable que les tribunaux de commerce sont plutôt favorables aux actionnaires et n'hésitent pas parfois à les décharger d'obligations pleinement valables. A notre avis, le principe ainsi posé, ne doit pas être restreint aux cessions à titre onéreux, puisqu'il n'est que la conséquence de l'idée que toutes les obligations doivent être exécutées de bonne foi. Une situation analogue peut se présenter quand les statuts réglementent aussi les cessions à titre gratuit. L'associé veut céder tous ses titres sans rien recevoir du gratifié et les bénéficiaires, pour écarter autant que possible ce dernier, proposent un rachat partiel, que l'actionnaire refuse. Celui-ci alors n'aurait pas le droit de céder un certain nombre de ses titres au gratifié et de garder les autres. Car ici la fraude serait encore plus facile. S'il voulait y procéder, il serait tenu d'avertir à nouveau le siège social.

Il arrive parfois que les statuts ont seulement organisé une préférence des autres associés ou de personnes étrangères, sans déterminer le mode de calcul du prix. Le rachat a lieu sur la base des sommes que le tiers accepte de payer. Cela est plutôt rare dans la pratique à cause de la collusion aisée, mais difficile à démontrer, du cédant et du cessionnaire. Le jugement du tribunal de commerce de Marseille, cité plus haut, nous en fournit un exemple. Dans cette espèce, l'actionnaire avait demandé un prix très élevé de ses actions. Les autres

1. *Thémis, Journal de jurisprudence commerciale et maritime* du 15 juin 1929.

actionnaires avaient offert d'en prendre une partie. Mais il avait refusé, voulant les aliéner en bloc. Ayant eu besoin d'argent par la suite, il fut contraint d'en vendre une partie à un prix moins élevé que celui qu'il avait exigé de ses coassociés. Le Tribunal le condamna pour avoir manqué à ses engagements. En effet, l'équité serait violée si le promettant vendait à des tiers à des prix plus bas que ceux acceptés par les bénéficiaires de la promesse. On doit donc décider que, s'il est obligé de vendre dans de telles conditions, il devra faire de nouvelles offres.

Quoique la nécessité de la vente totale soit un moyen d'empêcher les ententes frauduleuses entre le vendeur et l'acquéreur, il ne faut pas se faire d'illusion sur son efficacité. En pratique, il sera fort difficile d'établir à quel prix les titres ont été acquis et la garantie stipulée par la société restera précaire.

Section II. — Effets du droit

S'il est indispensable de préciser l'étendue des obligations dérivées du pacte, il n'est pas moins nécessaire d'examiner les effets produits par l'exercice du droit. Cela vise surtout la qualification à attribuer aux titres acquis par préemption, quand les sommes fournies pour le rachat l'ont été par d'autres personnes que le titulaire du droit. Si ce dernier a fait un emprunt, aucune difficulté ne s'élèvera : les titres appartiendront à celui qui a exercé le rachat. Mais, la situation se complique dans la plupart des cas du fait que ce droit, quoique entrant dans le patrimoine, est difficilement appréciable en argent.

C'est une source d'hésitation très grande, quand on se trouve en présence des divers patrimoines soumis à un régime matrimonial. Nous allons passer rapidement en revue les problèmes qui se posent.

Lorsque le droit appartient au titulaire, sans être attaché aux titres qu'il possède¹, ceux qu'il acquiert par préemption rentrent dans le patrimoine qui fournit les fonds, si les statuts autorisent sans restriction la cession entre conjoints. Au cas où les sommes fournies seraient dotales, les actions nouvellement acquises seront dotales, sous condition d'accomplir les formalités du remploi. Mais si les statuts réglementent les transmissions entre conjoints, les titres rachetés appartiendront au titulaire, sauf remboursement des sommes à lui avancées. Mais souvent, le droit sera attaché aux titres. C'est une circonstance de pur fait, car le droit n'a nullement pour objet de conserver ou d'augmenter la valeur du titre. La société l'a établi dans son propre intérêt et elle est libre de le soustraire aux effets des règles juridiques ordinaires. Par conséquent, la qualification des titres rachetés nécessitera de savoir si les cessions sont permises ou non entre conjoints. Si elles sont permises, c'est celui qui aura fourni les fonds qui sera propriétaire des actions, sinon ce sera le titulaire du droit, sauf restitution des sommes prêtées.

Ce chapitre, le dernier de notre étude, manifeste, par l'absence de controverse sur l'exécution du pacte, un contraste saisissant avec le pacte de préférence visant les immeubles. Cela tient à la meilleure organisation pratique des modes de transmission des biens envisagés,

1. C'est le cas, par exemple, du droit de préemption accordé par les statuts aux membres du Conseil d'administration.

due à la nature particulière de ces derniers. S'il en résulte pour les actionnaires une entrave à la circulation des titres, les sociétés elles aussi, malgré les précautions prises, ne sont pas assurées d'y trouver toujours une protection efficace, car le rachat entraîne des charges très lourdes que les bénéficiaires hésiteront à assumer dans les moments difficiles, où l'intrusion des concurrents est, en général, le plus à redouter.

LIVRE II

Préférence sur les autres meubles

L'importance considérable en pratique de la préférence dans les transmissions d'actions ne doit pas faire oublier que celle-ci peut s'appliquer à d'autres contrats. Mais le rôle de la préférence y a beaucoup moins d'utilité et on ne la rencontre que rarement. Un chapitre sera consacré à l'étude de la préférence sur les meubles corporels, l'autre à celle de la préférence, sur les meubles incorporels.

CHAPITRE PREMIER

PREFERENCE SUR LES MEUBLES CORPORELS

Les motifs de la préférence sur les immeubles n'ont guère l'occasion de jouer pour les meubles, à cause de la transmission très facile de ces derniers et de leur valeur généralement moindre. Cependant, la jurisprudence offre quelques exemples de ce genre de pacte. Il est toujours loisible aux individus de stipuler que, si l'un d'eux vient à conclure tel contrat, il préférera, à égalité de conditions, comme cocontractant telle personne désignée d'avance. C'est le cas, par exemple, de la préférence en vue du contrat de transport, ou du contrat d'assurance, où l'objet du contrat futur est un service, rétribué ou non, à rendre à une personne déterminée.

Nous examinerons successivement la préférence pour les contrats communs au droit civil et au droit commercial, ensuite pour les contrats spéciaux au droit commercial.

Section I. — Préférence pour les contrats communs au droit civil et au droit commercial.

Il semblerait que la nature des meubles corporels et surtout leur transmission rapide en vertu de la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre » enlèveraient toute utilité au pacte de préférence en ces ma-

tières. Cependant, certains meubles, soumis à une publicité de transmission analogue à celle des immeubles, paraissent offrir une plus grande sécurité aux bénéficiaires du pacte. En réalité, il n'en est pas exactement ainsi. Car, le bénéficiaire de la préférence étant le plus souvent un commerçant, ce qui l'intéresse surtout c'est le profit réalisé par la vente de l'objet frappé de préférence, non l'objet lui-même. Il n'est pas davantage assuré d'obtenir en fait ce profit, si la préférence s'exerce sur un meuble immatriculé. Au cas où le promettant, coupable et condamné à des dommages-intérêts, est insolvable, le meuble immatriculé peut entre temps perdre de sa valeur, et le retard occasionné par la nécessité de recourir à la justice peut enlever toute utilité à la substitution du bénéficiaire au tiers. Pratiquement, la jurisprudence ne fournit pas d'exemples de préférence sur les meubles immatriculés. Cependant, il y aura lieu d'en dire quelques mots, après avoir examiné la préférence sur les meubles ordinaires.

Pour les meubles ordinaires, la préférence est habituellement consentie en vue de la vente. Elle pourrait l'être aussi en vue de la location mais, c'est plutôt exceptionnel. D'ailleurs, cette préférence en vue de la location ne présente aucune difficulté spéciale et suit les mêmes règles que la préférence pour location sur les immeubles. Le pacte de préférence pour la vente des meubles est, du reste, peu fréquent et la jurisprudence ne nous en offre jusqu'ici que deux exemples. Dans l'un, il s'agit de savoir si un accord permettant à une société de prélever un tiers de la production de phosphate d'une autre société, avec remise déterminée sur le prix de vente fixé tous les trois mois par cette dernière société, est nul

comme constituant une vente sans détermination suffisante du prix. Dans l'autre, la question à résoudre est d'indiquer si la promesse de ne point vendre une marchandise à un prix donné, avant d'avoir prévenu une personne désignée, permet, en cas de violation, à cette dernière d'exiger la livraison de la marchandise déjà vendue ou lui donne seulement droit d'obtenir des dommages-intérêts.

Quelques explications sur chaque espèce, notamment sur la nature et la validité du pacte, ainsi qu'un bref commentaire des décisions intervenues sont nécessaires.

La Société, qui en autorise une autre à prélever une partie de sa production avec une remise sur le prix ultérieurement fixé par elle, a-t-elle par là fait une vente de choses futures ? C'est la question que trois juridictions eurent successivement à résoudre, à propos de l'article 10 d'un traité, intervenu le 20 avril 1887, entre la Compagnie générale des Phosphates et Engrais du Sud-Ouest et la Compagnie générale des Phosphates français. Cette dernière, qui avait pris l'engagement ci-dessus indiqué, prétendait qu'il était nul comme constituant une vente sans détermination régulière du prix. A cela, la Compagnie des phosphates du Sud-Ouest répondait que l'article 10 contenait une stipulation parfaitement valable. Car la détermination ultérieure du prix ne dépendait pas de la seule volonté du promettant et celui-ci ne pouvait, sans violer ses engagements, appliquer dans ses rapports avec la Compagnie des Phosphates du Sud-Ouest un autre tarif que celui employé avec ses autres clients. Le Tribunal de commerce de Bordeaux décida, par jugement du 8 août 1888, que cette stipu-

lation ne constituait pas une vente, mais accordait au bénéficiaire un droit de préemption, qui n'était nullement soumis pour sa validité à la nécessité d'une fixation du prix. La Cour de Bordeaux ayant confirmé le jugement par adoption de motifs, la Compagnie générale des Phosphates français se pourvut en cassation contre cet arrêt en invoquant la violation des articles 1589, 1591 et 1592 C. civ. La Chambre des requêtes rejeta le pourvoi par un arrêt du 12 juillet 1892¹, en déclarant que la clause ne constituait pas une vente, puisque le titulaire était libre d'acquiescer ou non la marchandise mise à sa disposition. Mais elle ne se prononça pas sur la nature de la convention. Il faut reconnaître que les traits distinctifs du pacte de préférence étaient quelque peu déformés. En effet, au lieu d'être tenus d'offrir les mêmes conditions que les autres amateurs, la Compagnie générale des phosphates du Sud-Ouest bénéficiait d'une réduction sur le prix imposé aux autres clients. De plus, elle était en droit d'exiger, moyennant ce prix réduit, la vente d'un tiers de la production de phosphate de la Compagnie générale des Phosphates français, qui ne pouvait s'y soustraire. Cependant, un examen attentif permettra de retrouver aisément les caractères fondamentaux du pacte. La fixation du prix n'est pas incompatible avec la notion de préférence. Car rien ne s'oppose à ce qu'on préfère quelqu'un, même en dehors de l'égalité de prix. Surtout le promettant n'est ici nullement tenu de produire une certaine quantité de phosphates pour les livrer au bénéficiaire. Il doit seulement, jusqu'à concurrence du tiers de ce qui a été extrait, ven-

1. D. P. 1893.I.392.

dre au bénéficiaire la quantité qu'il désire, au prix fixé suivant les bases un peu vagues de la convention.

L'autre difficulté, portée devant la jurisprudence, concernait la violation d'une promesse de ne point vendre une marchandise à un prix fixé, sans en avertir auparavant une personne déterminée. Il s'agissait de savoir si la vente de la marchandise faite sans avoir prévenu devait être annulée ou si elle donnait seulement lieu à une condamnation en dommages-intérêts contre le promettant. Les faits n'offrent d'ailleurs aucune complication particulière. En 1837, Mayer, fondé de pouvoirs de Berthoud, s'engage au nom de cette maison envers Lautz à ce que, même dans le cas où un autre acheteur offrirait le prix de 0 fr. 65 pièce, les jaconas ne seraient point vendus avant que Lautz ne fût prévenu. Malgré cela, sans que Lautz fût averti, les marchandises furent vendues au prix indiqué à une autre maison de Colmar. Le Tribunal de commerce de cette ville, saisi de la réclamation de Lautz, rejeta par jugement du 7 juin 1838 la demande de livraison des jaconas et lui accorda 1.000 francs de dommages-intérêts. Sur appel, un arrêt de la Cour de Colmar du 3 décembre 1838¹ refusa tous dommages-intérêts, sous le prétexte que l'engagement de Berthoud ne saurait former un contrat obligatoire. Une telle solution ne saurait être approuvée car, tous les engagements valablement pris doivent être respectés et leur violation fait naître une action en dommages-intérêts contre celui qui les méconnaît volontairement.

A notre avis, la promesse sus-indiquée constitue une

1. D. 1839.II.123.

forme un peu particulière du pacte de préférence. En effet, le bénéficiaire n'était nullement obligé d'acheter la marchandise au prix convenu. Mais le vendeur éventuel, s'il n'était pas tenu de vendre sa marchandise au prix fixé, avait implicitement accepté de la réserver à Lautz, si personne ne lui en offrait plus cher. C'est l'aspect négatif de la préférence et toutes les règles applicables à cette convention doivent être observées. L'obligation de faire qui en résulte doit se résoudre en dommages-intérêts, si elle n'est pas exécutée. La livraison de la marchandise ne pourrait être exigée que si elle n'avait pas eu lieu déjà au profit d'un acquéreur de bonne foi. D'ailleurs, la preuve de la mauvaise foi serait très difficile à faire; il est rare, en effet, qu'un tel accord soit connu des tiers.

Malgré l'absence d'exemples pratiques de préférence sur les meubles immatriculés, quelques remarques sont nécessaires. Les divergences de détails rencontrées dans le régime de leurs diverses catégories : navires de mer, bateaux de rivière, aéronefs, objets mobiliers classés par le ministère des Beaux-Arts, sont sans influence sur le fonctionnement du pacte de préférence à leur égard. Le trait essentiel de leur nature et commun à tous réside dans l'insuffisance du simple accord des volontés pour que les conventions passées à leur sujet soient valables. La plupart du temps, les conventions relatives à la propriété ou à des droits réels sur ces meubles doivent être constatées par écrit et mentionnées sur un registre spécial. Il en résulte que le pacte de préférence concernant de tels biens n'aura d'effets à l'égard des tiers que s'il est renfermé dans de tels contrats. Consenté à titre principal, il ne serait pas enregistré et le bénéficiaire n'aurait

qu'une action en dommages-intérêts contre le promettant. Il est d'ailleurs probable qu'en raison de la non-inscription sur le registre, les tribunaux admettraient difficilement la substitution du bénéficiaire à un tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissant l'existence du pacte au profit d'un autre.

Section II. — Préférence pour les contrats spéciaux au droit commercial.

Les contrats particuliers au droit commercial peuvent, eux aussi, renfermer une promesse de préférence. C'est le cas des contrats d'assurance et de transport. Il faut remarquer toutefois que la pratique n'en révèle guère l'emploi; il n'y a donc pas lieu de s'y arrêter.

En résumé, le pacte de préférence sur les meubles corporels n'a que peu d'applications à cause de leur changement fréquent de propriétaires. Cependant, c'est une convention valable et pleinement obligatoire, du moment qu'elle est prouvée. En droit commercial, sa preuve est encore plus facile à administrer, car l'existence d'un écrit n'est pas nécessaire. Par contre, au cas de violation, il sera, la plupart du temps, impossible d'obtenir le bien visé par la préférence, car la démonstration de mauvaise foi du tiers acquéreur sera extrêmement difficile à faire, la connaissance du pacte par d'autres que les intéressés étant plutôt rare.

CHAPITRE II

PREFERENCE SUR LES MEUBLES INCORPORELS

L'étude de la préférence sur les valeurs mobilières aurait dû trouver place ici. Mais, à cause de son importance toute particulière, elle a fait l'objet de développements spéciaux. Il ne reste donc à examiner que la préférence qui porte sur des fonds de commerce, des offices ministériels ou sur une des formes de la propriété intellectuelle. Malheureusement, la jurisprudence n'a guère eu à se prononcer sur les questions soulevées par une clause de préférence en ces matières. Cependant, le problème des droits de l'inventeur salarié donne quelque actualité à un des aspects de la préférence, resté ignoré pendant longtemps.

Section I. — Préférence sur les fonds de commerce et les offices ministériels.

Dans une première section, il sera dit quelques mots de la préférence sur les offices ministériels et les fonds de commerce. La seconde sera consacrée aux rapports du pacte avec les contrats ayant pour objet la reproduction lucrative des œuvres de l'esprit.

L'existence d'une clientèle est le trait commun qui

rapproche les offices ministériels des fonds de commerce. C'est elle qui constitue, pour une grande part, la valeur de l'office ou du fonds. Il est donc naturel de penser qu'un commerçant, dans le but d'étendre ses affaires ou de supprimer un concurrent, demande au titulaire du fonds qu'il convoite de lui accorder la préférence à égalité de conditions, quand ce dernier se décidera à vendre son fonds. De même, un officier ministériel, qui désire gérer une étude plus considérable, ou un jeune homme voulant devenir avoué ou notaire, se fera consentir une stipulation analogue par le titulaire qu'il connaît. Dans ce dernier cas, la préférence portera, non sur la transmission directe de la charge, mais sur la présentation du successeur à l'agrément du Gouvernement par l'officier qui démissionne. Une telle convention est plutôt rare, car on ne voit pas bien quels avantages la restriction ainsi apportée au libre exercice du droit de présentation pourrait procurer aux officiers qui la consentiraient.

Une telle convention est parfaitement licite, car elle ne porte nullement atteinte aux droits de l'Etat concernant la nomination du successeur. Elle ne fait que régler par avance et dans une certaine mesure l'exercice du droit de présentation. Le bénéficiaire ne pourra évidemment s'en prévaloir que s'il remplit les conditions exigées pour être nommé à l'office qu'il postule. En cas de violation de la promesse, le bénéficiaire pourra seulement exiger des dommages-intérêts du promettant. Il faut relever ici deux particularités qui jouent au profit du bénéficiaire. Tout d'abord, le droit de présentation ne pouvant faire l'objet d'une vente aux enchères, le titulaire de la préférence pourra l'exercer quand

l'office sera transmis à des mineurs. En outre, il aura toutes chances d'exercer son droit, car, en supposant que l'officier reste en charge jusqu'à sa mort, le droit de présentation sera obligatoirement exercé à ce moment-là. Toutefois, cet espoir lui serait enlevé, si le promettant présentait à titre gratuit une autre personne, généralement un fils ou un parent très proche. Par contre, la destitution du promettant ferait obstacle à l'exécution de la promesse et, si le bénéficiaire n'était pas nommé à la place du destitué, il pourrait obtenir de ce dernier des dommages-intérêts, puisque c'est la faute de celui-ci qui a fait obstacle à l'exercice de son droit.

En matière de fonds de commerce, la préférence se présente plus fréquemment. La jurisprudence nous en fournit un exemple dans l'espèce soumise à la Cour de Nancy¹.

Nous avons parlé tout au long de ces arrêts lorsque nous avons étudié l'incapacité survenue chez le promettant. Nous rappellerons seulement que la Cour et, après elle, la Chambre des requêtes avaient donné gain de cause au bénéficiaire de la préférence contre le tiers adjudicataire.

On peut se demander, d'une façon générale, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence peut se faire inscrire au registre spécial, tenu au greffe du tribunal de commerce, et destiné à faire connaître les nantissements établis sur le fonds. La réponse est négative, car le bénéficiaire en question n'est que créancier conditionnel. Seule l'existence d'une clause pénale fixant le chiffre de l'indemnité, en cas d'inexécution du pacte, lui permettrait

1. Cour de Nancy, 31 octobre 1928, D. P. 1929.II, 167. Sur pourvoi. Requête, 6 janvier 1931, *Rec. Gaz. Pal.*, 1931.I.471.

d'user de ce moyen de publicité. Toutefois, la jurisprudence ne s'est encore jamais prononcée sur la validité d'un tel procédé.

En résumé, le bénéficiaire ne possède pas, en général, le moyen de faire connaître son droit aux tiers. Un tiers acquéreur ne pourra donc pas être considéré comme de mauvaise foi à l'égard du bénéficiaire. Cela résulte, en somme, de la publicité incomplète des conventions portant sur les immeubles ou certains meubles incorporels importants.

Une dernière ressource semble toutefois ouverte au bénéficiaire; celle d'invoquer l'absence des mesures de publicité prescrites par la loi à l'encontre de l'acquéreur. Il pourrait paraître contradictoire de prétendre qu'il n'y a pas de vente et de dire d'autre part que la condition mise à l'existence du droit est réalisée. En réalité cette contradiction n'est qu'apparente car il suffit, comme nous l'avons montré à propos du contenu de l'obligation, que le promettant considère comme satisfaisante une offre de vente faite par un tiers. Or, c'est ce qui se produit si la vente, non publiée, est déclarée inopposable au titulaire. Le consentement du propriétaire n'est nullement détruit par l'absence de publicité. Le droit du bénéficiaire a pris naissance sans que le propriétaire puisse valablement déclarer qu'il se refuse à vendre.

Les mesures de publicité pour la vente des fonds de commerce consistent en des insertions, par voie d'extrait, dans un journal d'annonces légales et dans une mention au registre du commerce. L'omission de cette dernière formalité n'entraîne nullement, pour les tiers, le droit de regarder la cession comme sans valeur à leur

égard. Seule, l'absence d'insertions autorise les créanciers à considérer l'acquéreur comme non libéré du paiement du prix. En conséquence, le bénéficiaire du pacte, devenu créancier du promettant par suite de la vente à un tiers, pourrait s'adresser au tribunal pour faire fixer le montant de la créance et exiger de l'acquéreur un versement correspondant aux dommages-intérêts accordés. Dans ce cas, il sera au moins sûr d'obtenir réparation du préjudice causé. Mais la vente demeure inattaquable, sauf exercice par le vendeur de l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, s'il se l'est réservée par une mention expresse au registre spécial concernant les nantissements. Il sera d'ailleurs rare que l'acquéreur néglige de faire les insertions légales.

S'il y procède, le bénéficiaire de la préférence est-il en droit de faire opposition au paiement du prix jusqu'à l'expiration du délai de dix jours après la seconde insertion ? L'affirmative doit être soutenue, car la vente fait naître à son profit contre le promettant une créance en dommages-intérêts. La protection de la loi de 1909 n'est nullement réservée aux créanciers antérieurs à la vente et doit être accordée à tous ceux qui le deviennent, avant l'expiration du délai accordé pour faire opposition. Pour que l'opposition soit maintenue, il est nécessaire qu'il intente une action principale pour faire déterminer le montant des dommages-intérêts à lui dus par le promettant. Le juge des référés devra alors, pour autoriser le vendeur à toucher son prix, l'obliger à verser, à la Caisse des dépôts et consignations ou aux mains d'un tiers commis, une somme suffisante pour assurer la réparation du préjudice.

Section II. — Préférence sur la propriété intellectuelle.

Pour avoir une vue d'ensemble du pacte de préférence sur les meubles incorporels, il est indispensable d'étudier son utilisation à propos de la propriété intellectuelle. Cette dernière expression désigne le droit exclusif d'une personne à exploiter les créations de son esprit, qu'elles soient d'ordre littéraire, artistique ou scientifique.

L'auteur tire parti de ses créations en cédant le droit de les reproduire et de les répandre dans le public, moyennant rétribution. Il est très facile de concevoir qu'un auteur promette la préférence pour la cession à une personne déterminée, si celle-ci offre les mêmes avantages qu'un tiers. Cependant, parmi les productions de l'esprit, il y a lieu de faire des distinctions basées sur l'existence, ou non, d'une publicité pour les cessions. Cela amène à séparer la propriété littéraire et artistique de la propriété industrielle au sens large. Dans cette dernière expression sont englobés les brevets d'invention, les dessins et modèles, les marques de fabrique.

La propriété littéraire et artistique peut donner lieu à deux contrats, très différents selon l'étendue du droit qui en est l'objet : la cession exclusive et la cession partielle. En effet, le droit de reproduction et celui de représentation, quand il s'agit d'une œuvre dramatique ou musicale, ne sont pas exclusifs par eux-mêmes car plusieurs personnes peuvent l'exercer à la fois et dans toute sa plénitude sur un même ouvrage. Par sa nature même, le pacte de préférence ne saurait viser que les conventions ayant pour objet un droit exclusif. En conséquence, il n'y aura lieu d'envisager que les cessions

présentant ce caractère. Son emploi se conçoit surtout pour protéger l'auteur dans le besoin contre les exigences abusives des éditeurs, notamment quand il s'applique aux ouvrages successifs d'un même auteur. L'éditeur, à son tour, peut, de cette manière, atténuer le risque couru lors de la première édition. Ces considérations sont également applicables au droit de représentation. Toutes ces cessions ne font l'objet d'aucune publicité et le bénéficiaire de la préférence ne peut faire connaître juridiquement son droit et, par là, empêcher valablement l'auteur de conférer à une tierce personne le droit exclusif à lui consenti. Seulement, l'auteur s'exposera en agissant ainsi à une demande en dommages-intérêts, seule ressource, du reste précaire, du titulaire de la préférence. En effet, même s'il s'agissait d'une préférence concernant les éditions ultérieures d'un ouvrage publié à l'origine par les soins du titulaire, ce dernier ne pourrait se faire autoriser par les tribunaux à vendre une nouvelle édition de l'ouvrage désigné, si la mauvaise foi du cessionnaire nouveau n'était pas démontrée. En effet, rien ne permettait à ce dernier de connaître la préférence antérieurement accordée et on ne peut porter atteinte à ses droits que s'il a commis une faute.

S'il s'agit d'œuvres dramatiques ou musicales, on peut les mettre à la portée du public, soit en multipliant les exemplaires, soit en les représentant. La préférence est susceptible de viser l'un de ces deux modes de reproduction ou les deux à la fois. Ce dernier cas ne se produira pas fréquemment. Il faut noter que la préférence en vue de la représentation ne sera pratiquement consentie que sur les œuvres futures du même auteur, les traités avec les auteurs concédant le droit exclusif tant que dure

celui de l'auteur sur son œuvre. Pour les œuvres d'art, la publicité du droit de reproduction n'existe en aucune manière puisque, en vertu de la loi du 9 avril 1910, l'aliénation d'une œuvre d'art n'entraîne pas, à moins de convention contraire, l'aliénation du droit de reproduction.

La propriété industrielle dont il faut maintenant dire quelques mots comprend les dessins et modèles, les marques de fabrique et les brevets d'invention. Ces diverses formes possèdent le trait commun d'être soumis à un dépôt pour jouir d'une protection efficace. Mais, en ce qui concerne les marques de fabrique et les dessins et modèles, les cessions ne sont soumises à aucune publicité et le bénéficiaire de la préférence n'aura, en cas de violation, qu'une action en dommages-intérêts. En matière de brevets d'invention, les cessions doivent être faites par acte notarié et ne sont valables à l'égard des tiers qu'après avoir été inscrites sur le registre spécial des brevets d'invention. La loi ne distinguant pas entre les tiers, le bénéficiaire de la préférence pourrait invoquer l'absence de cette formalité pour exiger la cession à son profit aux conditions accordées par l'acte non publié. Mais, le pacté de préférence seul ne semble pas susceptible de figurer sur ce registre. Si, cependant, il y était inscrit tout seul ou, le plus fréquemment, parce que contenu dans un acte soumis à cette inscription, il faudrait reconnaître au bénéficiaire le droit d'exercer sa préférence à l'encontre d'un tiers coupable d'avoir méconnu un engagement sur le brevet.

Le difficile problème, actuellement à l'ordre du jour, des droits du patron et de l'inventeur salarié sur les inventions réalisées par ce dernier fournit à la préférence

un vaste champ d'application. Fréquemment, des stipulations de ce genre sont insérées dans les contrats d'engagement du personnel des services de recherches passés par de puissantes sociétés industrielles. Un arrêt tout récent¹ en donne un exemple intéressant. Au lendemain de l'injuste renvoi de M. Chrétien, directeur des bureaux de recherches, par l'Administrateur-délégué, la Société des films en couleurs Keller-Dorian déposa le 31 juillet 1926 une demande de brevet à son nom pour un procédé de reproduction de films sur pellicules photographiques résultat des travaux de Chrétien. Celui-ci protesta en invoquant les conventions intervenues entre la Société et lui qui déclaraient « que Chrétien apportait à la Société les inventions qu'il pourrait faire en perfectionnant les procédés de photographie et de cinématographie des couleurs appartenant à la Société ou exploités par elle ». Au contraire, il était seulement tenu d'offrir « en priorité à la Société ses autres inventions concernant la photographie » moyennant une rémunération particulière fixée sur certaines bases. La Cour n'avait et ne s'est pas prononcée sur le fonctionnement de cette priorité, mais seulement sur un point tout particulier de son interprétation. Elle s'est bornée à déclarer que la Société ne peut invoquer sur les autres inventions concernant la photographie que la priorité indiquée au contrat, « même si les découvertes de Chrétien étaient la conséquence directe de l'exercice de ses fonctions dans le laboratoire Keller-Dorian et en liaison avec l'objet du contrat ». Une expertise a été ordonnée pour rechercher si le dispositif revendiqué par la Société constitue un perfection-

1. C. de Paris, 10 juillet 1931, *Gaz. du Pal.*, 15 octobre 1931.

nement d'un procédé déjà connu ou une invention entièrement nouvelle. Car, à ce point de vue, il se posait surtout une question de fait. Cependant, l'arrêt n'indique pas si cette priorité est une promesse de vente pure et simple ou une préférence avec indication des avantages minima. Une offre supérieure survenant pendant ou après l'expertise obligerait les tribunaux à se prononcer sur ce point.

En cette matière, le pacte de préférence va-t-il, suivant une évolution naturelle déjà observée pour d'autres applications, se transformer en préférence légale? Le projet de loi sur les brevets d'invention, récemment voté par la Chambre, ne s'engage nullement dans cette voie. En effet, ce texte, remaniant celui adopté par le Sénat, institue la copropriété obligatoire de l'employeur et de l'employé sur l'invention faite par ce dernier et « rentrant expressément dans l'objet même de ce contrat de travail ou résultant directement du travail à lui départi ». Cette innovation est extrêmement dangereuse, car elle aboutira vraisemblablement à l'arrêt du progrès industriel par la désorganisation des services de recherches des entreprises.

Au contraire, la disposition votée par la Chambre la première fois, le 7 avril 1927, protégeait mieux les employés en attribuant, au cas d'invention entrant dans l'objet du travail ou en résultant, la propriété au patron avec dédommagement obligatoire, mais sous une forme librement choisie, et suffisant de l'inventeur. De plus, un droit de préemption était accordé à l'employeur en cas de cession du droit quand, « pour réaliser son invention, l'employé a utilisé les ressources matérielles et morales mises à sa disposition par l'employeur ».

La souplesse de la notion de préférence a été adroitement utilisée ici pour la solution d'un délicat problème.

Cependant, pour terminer sur ce point, quelques observations s'imposent. A notre avis, si l'institution d'un droit de préemption ne suffit pas pour supprimer toutes les difficultés entre les parties, il serait excessif d'en faire régler tous les détails par le législateur. Ce dernier agira sagement en se bornant à organiser la publicité obligatoire, sous peine de déchéance, de ce droit et des conventions intervenues pour son exercice. Celui-ci s'opérera tout naturellement par mention sur les registres de la Propriété Industrielle. Il sera également nécessaire de fixer un délai courant à partir du premier contrat sur la découverte et pendant lequel le bénéficiaire serait autorisé à se substituer au tiers, à égalité totale de conditions. Cette préférence s'appliquerait à toutes les conventions intervenues sur l'invention. Mais l'intervention législative doit s'arrêter là. Toute réglementation plus détaillée de la préférence en cette matière serait une source de difficultés, risquant par là d'entraver l'essor de l'industrie et de méconnaître l'intérêt véritable des parties en présence.

CONCLUSION

Après avoir exposé en détails le fonctionnement des diverses variétés de pacte de préférence, il est bon de présenter une vue d'ensemble des solutions jurisprudentielles et d'en indiquer les inconvénients pratiques, afin de trouver les moyens d'y remédier. Le pacte de préférence en droit civil constitue une promesse conditionnelle de contrat à propos d'un bien déterminé et ne porte aucune atteinte au régime de la propriété institué par le Code civil. Il engendre toujours une obligation de faire, même quand le contrat promis est translatif de propriété et l'inexécution de la promesse se résout en dommages-intérêts dûs par le promettant. Cependant, si le tiers préféré au bénéficiaire a connu le pacte, le titulaire de la préférence aura le droit de se substituer à lui, en passant avec le promettant un contrat aux mêmes conditions. La transmission entre vifs ou par décès du droit est, en principe, permise, sauf stipulation contraire ou circonstances manifestant l'intention de refus de la transmission. Enfin, les formalités obligatoires de certaines ventes semblent constituer, d'après l'opinion qui dominera probablement en jurisprudence, un obstacle légal à l'exécution du pacte.

Cet ensemble est parfaitement logique et tout à fait en harmonie avec les dispositions générales de nos lois.

Mais la pratique a-t-elle lieu de se montrer satisfaite d'une telle construction ? Il faut bien avouer que non. Le principal inconvénient consiste dans l'absence de sanction appropriée quand le tiers ignorait le pacte et que le promettant est insolvable. Le bénéficiaire est alors totalement frustré et cela se produira assez souvent, notamment quand la préférence aura été consentie par acte séparé, et non dans un acte translatif de propriété. C'est le cas de la préemption insérée dans un bail, au profit du preneur, la plupart des baux n'étant pas soumis à transcription car ils ne dépassent pas dix-huit ans. De plus, d'une manière générale, l'incertitude qui règne sur certains points fort importants, comme l'exécution du pacte en cas de vente soumise à des formalités ou bien l'appréciation de l'égalité entre l'offre du tiers et celle du bénéficiaire, est fort gênante pour les affaires. Cette incertitude provient de l'absence de texte précis sur cette convention et, à cela, seul le Parlement est en mesure d'apporter un remède. D'ailleurs, c'est avec prudence qu'il faut solliciter son intervention, car le remède est parfois pire que le mal. Cette incertitude s'aggrave d'une injustice dans le cas où l'exécution du pacte est réclamée contre des héritiers mineurs. En effet, si l'on admet qu'alors les formes particulières de la vente s'opposent à l'exercice de la préemption, on aboutit à décharger les héritiers, en raison de la minorité de tous ou de quelques-uns, d'une obligation consentie valablement par leur auteur et qui s'imposerait à eux s'ils étaient tous majeurs. Le juste souci de la protection des mineurs ne doit pas faire obstacle à l'exécution par eux d'une obligation de leur auteur.

Certains de ces inconvénients peuvent disparaître ou

s'atténuer par l'utilisation de procédés indirects. D'abord, afin d'éviter au bénéficiaire de se trouver sans recours en cas de vente à un tiers et d'insolvabilité du promettant, un moyen efficace serait de sanctionner la préférence par une clause pénale, fixant l'indemnité à payer en cas de manquement à la convention, et une hypothèque conditionnelle serait constituée sur le bien, objet de la préférence. De cette façon, l'inscription pourrait être faite immédiatement de manière à ce que l'hypothèque prenne rang aussitôt que l'inexécution du pacte donnera naissance à la créance. Mais ce procédé a l'inconvénient d'être coûteux et, s'il répare pécuniairement le préjudice, il ne permet cependant pas au bénéficiaire d'acquérir le bien, si c'était son intention. Ensuite, pour les ventes soumises à des formalités particulières, une distinction très nette devrait être établie selon qu'il existe ou non des créanciers hypothécaires intéressés à la vente. C'est seulement dans le cas où ils existent que la préemption ne pourrait s'exercer car le titulaire n'a pas de droit réel à leur opposer. Dans toutes les autres hypothèses, les héritiers mineurs et même les créanciers chirographaires seraient tenus de respecter les obligations consenties sans fraude par le promettant. Mais la jurisprudence semble hésiter à s'engager dans cette voie et l'incertitude régnera encore longtemps sur ce point. En attendant, les parties pourraient stipuler le fonctionnement de la préférence dans les cas de ventes à formes spéciales, sauf s'il y a des créanciers hypothécaires ou privilégiés sur les immeubles au moment de la vente.

En résumé, la réforme législative nécessaire pour mettre fin à ces variations et à ces difficultés devrait concerner quatre chefs.

1^o Elle rendrait opposable aux tiers, par la transcription, toutes les promesses de contrat concernant un immeuble et, par conséquent, le titulaire pourrait exercer son droit à l'encontre d'un acquéreur, même de bonne foi.

2^o Elle déclarerait que la préemption serait exclue en cas de faillite ou de liquidation judiciaire du promettant ou si ce dernier avait des créanciers hypothécaires.

3^o Elle établirait qu'en cas de vente en bloc comprenant le bien soumis à préemption, le bénéficiaire serait tenu d'acquérir le tout, si la séparation causait un préjudice au promettant. En dehors de cette hypothèse, il pourrait exercer son droit sur le bien désigné en payant une part proportionnelle du prix.

4^o Il serait prévu que la préemption ne fonctionnerait pas si le bénéficiaire ne peut fournir les prestations accessoires, prévues au contrat et non évaluables en argent. Si ces prestations sont susceptibles d'une évaluation en argent, le titulaire serait simplement tenu d'en fournir la valeur pour exercer son droit.

Ces quatre points fixés donneraient au pacte plus d'efficacité, son emploi deviendrait plus fréquent et son fonctionnement plus net, le risque de procès étant considérablement diminué.

En raison de la meilleure adaptation du droit commercial aux nécessités de la pratique, les applications du pacte, régies par ce droit, atteignent leur but malgré la résistance éventuelle du promettant. Si une société refuse à tort, la souscription par préférence au bénéficiaire, elle sera condamnée à racheter ses propres actions pour les remettre au titulaire du droit, lequel n'aura à verser que le cours d'émission. Cependant, si les actions ne

sont pas cotées en Bourse, un tel procédé ne sera pas possible et le bénéficiaire devra se contenter d'une indemnité pécuniaire. Ce dédommagement sera insuffisant si les droits non appréciables en argent et attachés à ces titres ont une grande importance pour la personne frustrée, par exemple si ces titres procuraient un plus grand nombre de voix dans les Assemblées générales. Un cas de ce genre est plutôt rare. Le seul moyen pratique serait alors de demander par la voie du référé, aussitôt après le refus de souscription opposé par la société, le dépôt des titres réclamés entre les mains d'un séquestre judiciaire, moyennant consignation du montant de leur valeur au cours d'émission. La possibilité, depuis 1924, du référé commercial permet d'intervenir avant que tous les nouveaux titres ne soient attribués. En dehors de ce point, les difficultés qui peuvent s'élever sont résolues d'une manière satisfaisante pour la pratique et la convention de souscription par préférence est la variété la mieux organisée et, à cause de cela, la plus répandue du pacte de préférence.

C'est dans le pacte de préemption sur les actions déjà existantes que le droit du bénéficiaire est le mieux sauvegardé. L'aliénation des titres ne peut avoir lieu sans que la société en soit avertie et mise en demeure de faire exercer le droit. Les statuts, afin d'éviter les collusions frauduleuses entre le promettant et les tiers, fixent librement les bases du prix. Mais cela ne va pas sans quelque danger pour les actionnaires. Ainsi, à l'encontre du droit civil qui appelle une réforme afin de mieux assurer les droits du bénéficiaire, le droit commercial doit ici s'efforcer de garantir le promettant contre les abus de pouvoir des bénéficiaires.

En cette matière toutefois, il est assez délicat de poser les bases d'une réglementation devenue nécessaire en raison des fluctuations de la jurisprudence. Nous voyons en effet la Cour de cassation, après avoir considéré de telles clauses comme susceptibles d'être introduites par l'Assemblée générale extraordinaire statuant à la majorité, décider, par un arrêt de 1924, que leur adoption exige l'unanimité des actionnaires. Les tribunaux hésitent toutefois à suivre la Cour de cassation dans cette voie et, si l'insuffisance du prix les amène à prononcer la nullité, les uns invoquent l'abus de droit commis par l'Assemblée générale, les autres s'appuient sur le principe de libre cessibilité des actions. Sur les bases de la détermination du prix, qui domine en fait toutes les autres questions, la confusion n'est pas moins grande. La clause de capitalisation des dividendes distribués est annulée alors qu'est maintenue une disposition plus dangereuse encore qui donne à l'Assemblée générale le droit de fixer la valeur de rachat; une autre, qui stipule l'adjudication obligatoire avec mise à prix calculée sur la base des bénéfices réalisés, est, à son tour, condamnée. La validité de la préemption dans les transmissions d'actions par décès n'a pas été portée souvent devant les diverses juridictions, mais les décisions rendues sur ce point l'ont jusqu'ici admise.

D'une façon générale, l'utilité incontestable des clauses de préemption dans les sociétés justifie une intervention législative pour donner à la pratique la sécurité dont elle a besoin en limitant le pouvoir d'appréciation des tribunaux. Une modification à la loi de 1867 devrait, semble-t-il, préciser les points suivants : pouvoirs de l'Assemblée, délai d'exercice du droit, bases du prix.

Tout d'abord, les modifications concernant la cessibilité des actions seraient assimilées, en ce qui regarde le pouvoir de décision de l'Assemblée, à celles relatives à la forme de la société. De plus, le délai pour l'exercice du droit ne devrait pas dépasser trente jours. Enfin, seraient déclarées pleinement valables les stipulations fixant le prix soit par la capitalisation de la moyenne des bénéfices réalisés par action pendant les trois dernières années au taux d'escompte de la Banque de France accru, par exemple, de 1 ou 2 %, soit par une adjudication entre actionnaires avec mise à prix minimum basée sur une capitalisation analogue. Si ces conditions étaient remplies, les actionnaires ne seraient pas admis à se plaindre. Dans le cas où le taux de rachat serait calculé par d'autres moyens, la rectification judiciaire serait autorisée à condition que la lésion éprouvée par l'actionnaire atteigne le quart de la valeur réelle du titre. Pour éviter toutes controverses sur la validité de la préemption dans les transmissions par décès, le législateur devrait la déclarer valable et la soumettre au même régime que la préemption concernant les transmissions entre vifs.

Ces diverses limitations, tout en organisant la liberté du départ de l'actionnaire, maintiennent à la disposition de la société un moyen de surveillance efficace sur le personnel des associés.

Tels sont, en résumé, les moyens à envisager pour conférer au pacte sa pleine efficacité et donner à son emploi la sécurité indispensable. Mais, en attendant la consécration de ces solutions par des textes de loi, la doctrine a un rôle important à jouer. Elle devra s'efforcer de faire adopter par la jurisprudence les mesures préconisées ci-dessus. C'est une œuvre de longue haleine qui a tou-

tefois l'avantage d'éviter les improvisations. D'ailleurs, pour assurer au pacte un fonctionnement simple et total, il suffirait le plus souvent d'interpréter plus largement les textes en vigueur et cela n'exigerait pas une grande hardiesse de la part des magistrats.

Il est délicat de pronostiquer l'avenir réservé au pacte de préférence. Néanmoins, il est probable que son champ d'application se rétrécira pour faire place à des droits de préférence légale de plus en plus nombreux. Ce ne sera d'ailleurs qu'une transformation extérieure. Car la notion de rang de faveur accordée dans la conclusion des contrats se retrouve également dans la préférence légale. C'est aussi en raison de la personne du bénéficiaire que le droit est institué dans les deux cas. Cependant, si cette transformations'accomplit, la notion de préférence verra obscurcir son caractère général par la variété des détails de réglementation rendue nécessaire pour faciliter l'adaptation de la préférence à des contrats divers et à des biens différents.

Vu : *Le Doyen,*
H. BERTHELEMY

Vu : *Le Président de la Thèse,*
J. HÉMARD.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GENERAUX

1° Droit civil.

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édition, t. V.
§ 352, p. 56.
- BAUDRY-LACANTINIERE et SAIGNAT. — *De la Vente*, 3^e édition,
t. I, n° 63, nos 71-74.
- BEUDANT. — *Cours de droit civil français. Vente et Louage*,
1908, n° 304, p. 223 et suiv.
- CAMBOLAS. — *Décisions notables de droit*, 1681. Livre 1^{er},
chap. 24.
- CARPENTIER et FRÈREJOUAN DU SAINT. — *Répertoire général
alphabétique du Droit français*. V^o Vente, nos 242 à 253.
- A. COLIN et H. CAPITANT. — *Cours de droit civil*, 1928. t. II,
p. 427.
- DALLOZ. — *Nouveau Code civil annoté*, art. 1589, nos 139 et s.
— *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de
doctrine et de jurisprudence*. V^{is} Vente, nos 290 et s.
310-316; Transcription hypothécaire, nos 79 et s., n° 483
— *Supplément*. V^{is} Vente, nos 142, 159; Transcription
hypothécaire, nos 20 et 21.
— *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de juris-
prudence*. V^{is} Vente, nos 280-285; Obligations, n° 94.
- DEFRÉNOIS. — *Traité pratique et formulaire général de notariat*,
10^e édition, t. III, n° 7469.
- DEMOGUE. — *Traité des Obligations en général* (I, Sources des
Obligations), t. II, n° 901.
- GUILLOUARD. — *Cours de Code civil. Traité de la Vente*, t. I,
n° 60.
- HÉMAR. — *Précis élémentaire de droit civil*, 1929, t. II, nos 1223,
1841.
- DE JUIN. — *Journal du Palais* ou recueil de plusieurs arrêts
remarquables du Parlement de Toulouse, 1758. t. III,
p. 444, n° 3.

- LAROMBIÈRE. — *Traité théorique et pratique des Obligations*, 1885. T. I, art. 1138, n° 16.
- LAURENT. — *Principes de droit civil français*, t. V, n° 90; t. XXIV, nos 17, 27 et s., 134, 135.
- MATON. — *Dictionnaire pratique du notariat*. V° Pacte de Préférence, nos 1 et s.
- MAYNARD. — *Notables et singulières question de droit écrit*. Livre IV, chap. 10 et 11.
- MOURLON. — *De la Transcription*, t. I, p. 92 et s.
- E. PICARD. — *Pandectes belges*, t. XXX. V° Vente, nos 858-871.
- PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e édition avec la collaboration de G. Ripert. t. II, nos 1401 et 1403.
- M. PLANIOL et G. RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*. t. VI, *Obligations*. 1^{re} partie par P. Esmein. nos 144 à 155, 256, 938. t. X, *Vente*, nos 174, 184, 185.
- POTHIER. — *Œuvres* annotées par M. Bugnet, 2^e édition. *Traité des Retraits*, t. I, n° 84, p. 576; t. III, nos 531 et s., p. 415, *Traité du Contrat de vente*, nos 479, 481.
- TROPLONG. — *De la Vente*, t. I, n° 132.
- VERDIER. — *Traité de la Transcription hypothécaire*, t. I, p. 345.
- ZACCHARIAE, traduit par Massé et Vergé sur la 5^e édition. *Le droit civil français*, t. IV, § 681 note 3.

2° Droit commercial.

- ARTHUYS. — *Traité des Sociétés commerciales*, t. I, n° 203.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations*, 5^e édition, 2^e tirage. t. I, n° 464; t. II, nos 1296 et 1333.
- LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 3^e édition, t. I, nos 396, 591.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 5^e édition. t. II, n° 520.
- THALLER et PIC. — *Traité général de droit commercial. Des Sociétés commerciales*, t. II, n° 778.
- THALLER revu par J. PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 7^e édition, n° 603, 6°, p. 400.
- DALLOZ. — *Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence*. V^{is} Sociétés, n° 2057, 3°; Valeurs mobilières, n° 110.

- CARPENTIER et FRÉREJOUAN DU SAINT. — *Répertoire général alphabétique de droit français*. V^o Sociétés commerciales, nos 2091 et s., 5248, 5329 et s.
- WAHL. — *Précis de droit commercial*, nos 486 et s.

II. — MONOGRAPHIES

- AUGER. — Le nouvel article 31 de la loi du 24 juillet 1867 (*Revue des Sociétés*, octobre 1930).
- BOYER. — Le pacte de préférence (*Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence*, 1883, p. 422 et s., 531 et s.).
- BOSVIEUX. — De l'exercice du droit de préférence (*Journal des Sociétés*, 1911, p. 385).
- La nouvelle réglementation des Assemblées générales extraordinaires, et des Assemblées spéciales d'actionnaires (loi du 1^{er} mai 1930) (*Journal des Sociétés*, juin 1930).
- BOURCART. — De l'intuitus personae dans les Sociétés (*Journal des Sociétés*, 1927, p. 513).
- BRETILLARD. — *Le pacte de préférence*. Thèse, Paris, 1929.
- CAMIER. — *Les restrictions conventionnelles à la transmissibilité des actions*. Thèse, Lille, 1927.
- A. C. — Entrave au droit de transmission des actions (*Revue du notariat et de l'enregistrement*, 15 février 1930, p. 43 et s.).
- DACHER. — *La priorité dans les souscriptions d'actions*. Thèse, Paris, 1913.
- DEMONTÈS. — *L'action ad exhibendum en droit moderne*. Thèse, Paris, 1922.
- DESCHAMPS. — *Des promesses de contrat*. Thèse, Paris, 1914.
- J. ESCARRA. — Les restrictions conventionnelles à la circulation des actions (*Annales de Droit commercial*, 1911, p. 345 et s., p. 442 et s.).
- FRAISSINGEA. — L'unité de la jurisprudence sur la transmissibilité des actions (*Journal des Sociétés*, 1914).
- R. FRIBOURG. — Sur la valeur mathématique des droits de souscription (*Recueil juridique des Sociétés*, 1929, p. 286).
- A. JAUFFRET. — *Du Droit de souscrire par préférence à des actions nouvelles*. Thèse, Aix, 1926.

- Gaston LAGARDE. — Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession d'un droit (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, p. 104-109).
- H. LALOU. — Le pacte de préférence (*Dalloz hebdomadaire*, 1930, chronique, p. 43).
- F. LEMAITRE. — Le pacte de préférence. Sa nature Ses effets. (*Journal des Notaires et des Avocats*, 1931, n° 36.665, p. 333.)
- LEDOC. — *Des avant-contrats*. Thèse, Paris, 1909.
- P. MARIN. — Effet d'un pacte de préférence en cas de décès du promettant laissant des héritiers mineurs (*Journal du Notariat*, 1929, p. 409).
- P. MOURISSE. — *La promesse unilatérale de vente et la rescision pour cause de lésion*. Thèse, Paris, 1925.
- MOLIÉRAC. — Des interdictions à la libre disposition des actions d'une société (*Revue des Sociétés*, 1925, p. 441).
- PAVÈS. — *Le droit de souscription aux actions nouvelles*. Thèse Paris, 1929.
- PERCEROU. — Les pouvoirs de l'Assemblée générale extraordinaire en vue de la modification des statuts (*Journal des Sociétés*, 1907, p. 99).
- A. TAMBOISE. — *La stabilité du contrôle dans les sociétés par actions*. Thèse, Lille, 1929.
- WAHL. — Cession du droit de souscrire par préférence (*Journal des Sociétés*, 1912, p. 337).
- X... — Du droit de préemption que se réserve une société pour écarter les acheteurs de ses actions (*Annales de Droit commercial*, 1903, p. 303 et s.).
- X... — Exécution d'une promesse de vente en cas de décès du promettant laissant des héritiers mineurs (*Journal des Notaires et des Avocats*, 1881, art. 22.433, p. 65).
- X... — Droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles, attaché aux actions nominatives propres à la femme dans le régime de communauté (*Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, p. 365).
-

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE EN DROIT CIVIL

TITRE I. — FORMATION DU CONTRAT

Chapitre premier. — Nature juridique du pacte.

<i>Section I. — Analyse du pacte.</i>	18
<i>Section II. — Différences avec d'autres institutions juridiques.</i>	21
§ 1. Préférence et promesse de vente.....	22
§ 2. Préférence et vente à réméré.....	29
§ 3. Préférence et retrait.....	32

Chapitre II. — Existence et validité du contrat.

<i>Section I. — Eléments essentiels à son existence.</i>	34
<i>Section II. — Validité du pacte.</i>	41
§ 1. Caractère licite	41
§ 2. Condition affectant le pacte.....	47

TITRE II. — EFFETS DU PACTE

Chapitre premier. — Contenu de l'obligation.

<i>Section I. — Obligation de faire connaître les conditions.</i>	50
<i>Section II. — Obligation de préférer le bénéficiaire.</i>	56

Chapitre II. — Nature de l'obligation et sanction.

<i>Section I. — Obligation de donner ou obligation de faire ?</i>	60
§ 1. Solutions de l'ancien Droit.....	62
§ 2. Opinions de la doctrine moderne.....	67
§ 3. Examen de la jurisprudence.....	69
<i>Section II. — Dommages-intérêts et exécution forcée.</i>	72

Chapitre III. — Transmission de l'obligation.

<i>Section I. — L'obligation est-elle transmissible ?</i>	82
<i>Section II. — L'obligation est-elle indivisible ?</i>	87
<i>Section III. — Effets de la transmission</i>	89

TITRE III. — EXTINCTION DE L'OBLIGATION**Chapitre premier. — Impossibilité d'exécution.**

<i>Section I. — Incapacités survenues chez les parties ou leurs ayants cause</i>	94
§ 1. Effets de l'incapacité ultérieure du bénéficiaire.....	95
§ 2. Effets de l'incapacité ultérieure du promettant.....	97
§ 3. Effets de l'incapacité spéciale de vendre à l'amiable...	99
<i>Section II. — Autres causes d'inexécution</i>	122

Chapitre II. — Modes supposant la satisfaction du créancier.. 125**Chapitre III. — Modes ne supposant pas la satisfaction du créancier.**

<i>Section I. — Remise de dette</i>	133
<i>Section II. — Prescription du pacte</i>	135

TITRE IV. — PARTICULARITES DE LA PREFERENCE POUR CERTAINS CONTRATS**Chapitre premier. — Préférence pour les contrats translatifs de propriété**

<i>Section I. — Préférence en vue de la vente</i>	140
<i>Section II. — Préférence en vue des autres contrats translatifs</i> ...	149

Chapitre II. — Préférence pour la location d'immeubles..... 154**TITRE V. — DROIT COMPARE****Chapitre premier. — Législations latines et slaves.....** 165**Chapitre II. — Législations germaniques.....** 168**Chapitre III. — Comparaison des législations.....** 176**DEUXIÈME PARTIE****LE PACTE DE PRÉFÉRENCE EN DROIT COMMERCIAL****LIVRE I. — PREFERENCE DANS LA TRANSMISSION D'ACTIONS ANCIENNES**

TITRE I. — UTILITE ET FORMATION DES CLAUSES DE PREEMPTION

Chapitre premier. — Nature de ces clauses. 187

Chapitre II. — Formation du pacte.

Section I. — Offre de la société. 192.

Section II. — Acceptation des bénéficiaires 199

Chapitre III. — Validité du pacté.

§ 1. Validité à l'égard des tiers. 204

§ 2. Validité entre associés. 206

§ 3. Limites aux restrictions de la cessibilité. 212

TITRE II. — ORGANISATION PRATIQUE ET EFFETS

Chapitre premier. — Modalités d'exercice du droit.

Section I. — Conditions générales de fonctionnement. 217

§ 1. Délai d'exercice. 217

§ 2. Fixation du prix par la concurrence. 219

§ 3. Fixation par les organes sociaux. 223

Section II. — Bénéficiaires du droit. 237

§ 1. Limites du choix. 238

§ 2. Catégories et combinaisons en usage. 244

Chapitre II. — Limites d'exercice du droit.

Section I. — Transmission entre vifs. 249

§ 1. Modes de transmission. 250

§ 2. Qualité des cessionnaires évincés. 257

§ 3. Conservation des titres par le cédant. 260

Section II. — Transmissions par décès. 262

§ 1. Dévolution testamentaire. 263

§ 2. Dévolution légale. 265

§ 3. Interprétation des clauses. 268

Chapitre III. — Effets de la préemption.

Section I. — Effets du pacte. 272

Section II. — Effets du droit. 276

LIVRE II. — PREFERENCE SUR LES AUTRES MEUBLES

Chapitre premier. — Préférence sur les meubles corporels.

Section I. — Préférence pour les contrats communs au droit civil et
au droit commercial. 281

Section II. — Préférence pour les contrats spéciaux au droit com-
mercial 287

Chapitre II. — Préférence sur les meubles incorporels.

<i>Section I. — Préférence sur les fonds de commerce et les offices ministériels</i>	288
<i>Section II. — Préférence sur la propriété intellectuelle</i>	293
Conclusion	299
Bibliographie	307

IMPRIMERIE J. BIÈRE

18-20-22 RUE DU PEUGUE

B O R D E A U X

1932
